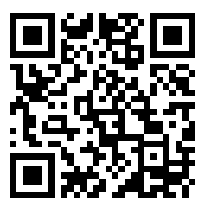
This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google™ books

https://books.google.com



Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

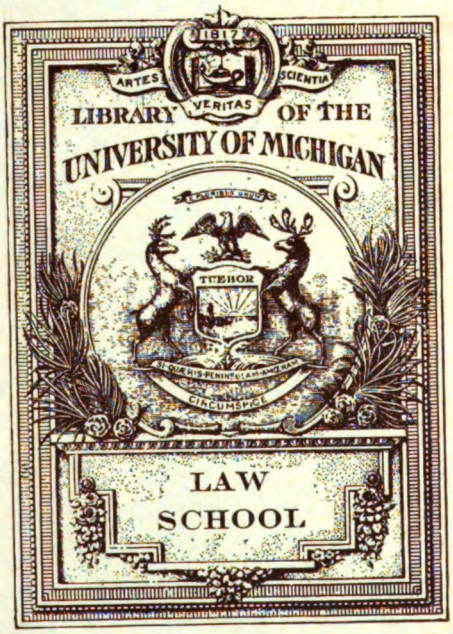
+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

LIBRERIA già NARDECCHIA, S/A
ROMA

K19 .D246



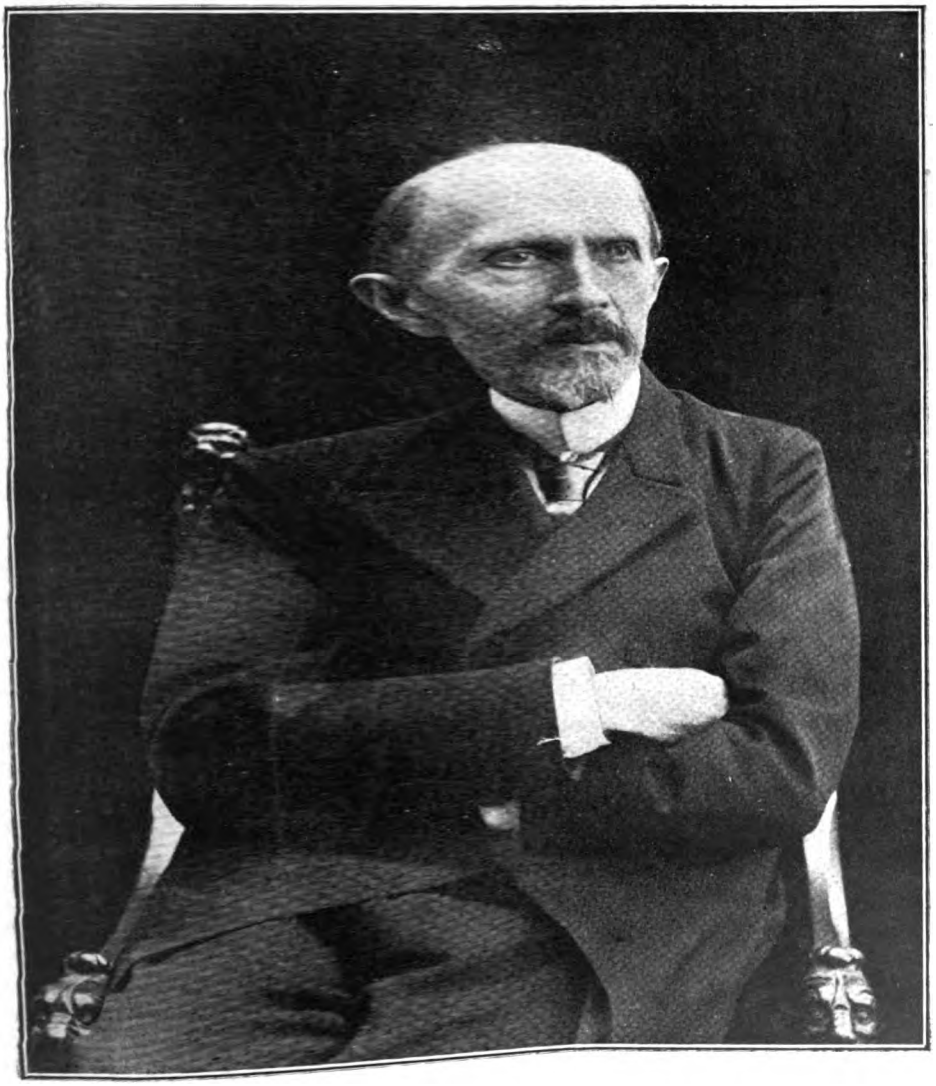
FL2
R456
C55
stor

Digitized by Google

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Digitized by Google

Digitized by Google



EDMUNDO THALLER

Digitized by Google

Digitized by Google

REVISTA

DE

CIENCIAS JURÍDICAS

Y SOCIALES

ORGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y DEL MUSEO-LABORATORIO JURIDICO
DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

DIRECTOR

RAFAEL DE UREÑA Y SMENJAUD

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

AÑO VI • NÚM. 21

MADRID, MCMXXIII

Digitized by Google

SUMARIO

Estado de necesidad en el Derecho penal, por Isaías S. Sánchez Tejerina.
El delito de contagio intersexual y nutricio, por Luis Sierra Bermejo.
Trabajos prácticos de Derecho mercantil (continuación).
Documentos para la Historia de Béjar, por Antonio Martín Lázaro.
Bibliografía crítica de estudios penales y revista de las leyes y de los proyectos más importantes en materia penal, por Luis Jiménez de Asúa (pliego 3, 4 y 5).

La **Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales** se publica cada tres meses en cuadernos de 144 a 160 páginas, con sus correspondientes láminas cuando el texto lo exija, formando cada año un volumen de más de 600 páginas, con su portada e índice.

La **Revista** no hace suyas las opiniones y doctrinas sustentadas y defendidas en los artículos y trabajos publicados. A los autores de éstos incumbe exclusivamente la responsabilidad de aquéllas.

De todas las obras jurídicas y sociales que sus autores o editores remitan dos ejemplares a la **Revista** se publicará una noticia crítica en la Sección bibliográfica.

CONDICIONES DE SUSCRIPCION

España y Portugal	20 ptas. al año.
Los demás países de Europa	25 — —
América	30 — —

Las nuevas suscripciones tendrán un recargo eventual del 20 por 100.

Sólo se admiten suscripciones por años completos, dando principio en el mes de enero.

No se venden números sueltos.

Se admiten anuncios de librería.

Administrador: DON BRAULIO RODRIGUEZ

Calle de San Bernardo, núm. 41.

MADRID

Digitized by Google

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

AÑO VI ENERO-MARZO DE 1923. NÚM. 21

El estado de necesidad en el Derecho penal

POR

ISAÍAS S. SANCHEZ TEJERINA

SEGUNDA PARTE

EXPOSICION DE LAS TEORIAS ACERCA DEL ESTADO DE NECESIDAD.—CRITICA DE LAS MISMAS

CAPITULO I

EXPOSICIÓN DE LAS TEORÍAS

1. *Teoría de la vuelta al estado de naturaleza o de comunidad de bienes.*

Hay quien sostiene que fué Grocio el fundador de esta teoría; pero lo indudable es que ya los canonistas habían establecido el principio: *In necessitate omnia sunt communia,* y defendido que el hambriento obra como propietario.

Grocio es, realmente, quien precisa la teoría, señalando tres condiciones principales para que pueda darse el estado de necesidad: 1.ª Debe intentarse resolver el conflicto de otro modo. 2.ª No es lícito cuando el poseedor se encuentra en la misma necesidad. 3.ª Debe restituírse la cosa tomada cuando se pueda.

Pero Grocio concibe con mayor amplitud el estado de necesidad: "El movimiento interior que nos lleva a evitar el mal —dice— es el más natural de todos... Los hombres no deben castigar las faltas inevitables, que son una consecuencia de la fragilidad de nuestra naturaleza." Según Grocio, si se exceptúa

147391

Digitized by Google

de la ley el caso de necesidad es, precisamente, para conformarse con la voluntad del legislador, que obliga a veces a ir en contra de la letra de la ley, para conformarse con su espíritu, teniendo en cuenta las leyes fundamentales de los primeros hombres que abandonaron el estado de naturaleza para unirse en sociedad (1).

2. *Teorías de la conservación propia.*

Estas teorías son consecuencia de la anterior. Pufendorff se apoya en el materialismo de Hobbes y formula su teoría del "Instinto de la propia conservación", pero no se funda en la legitimidad de dicho instinto, sino en su irresistibilidad: la impotencia de la naturaleza ante la fuerza de ciertos impulsos. Aunque, como dice atinadamente Moriaud (2), las afirmaciones de Pufendorff son aún tímidas, él es, sin embargo, el primero que después de los jurisconsultos romanos hizo de la necesidad un motivo general de impunidad, estableciendo una amplia doctrina general sobre este problema.

Pero Pufendorff, lo mismo que Grocio, construye una teoría especial sobre el hurto famélico y, como éste, confiere un verdadero derecho de necesidad en dicho caso, derecho que no reconoce ninguno de los dos para los demás casos de necesidad (3).

Esta misma teoría es desenvuelta y defendida por Thomasius, pero con otros fundamentos. Así como Pufendorff se basa en la irresistibilidad de este instinto, Thomasius toma como fundamento su legítimidad.

Schörder (4) y Wolff (5) son también partidarios de la teoría de la propia conservación; pero adoptan puntos de vista completamente diferentes entre sí a los adoptados por Pufendorff y Thomasius (6).

La teoría de la conservación en sus varias formas tiende a

---

(1) Grocio: *De jure belli ac pacis*, 1624.

(2) Op. cit., pág. 134.

(3) Pufendorff: *De jure naturae et gentium* (1672), libro II, cap. IV; *De jure et favore necesitatis.*

(4) *Elementa juris socialis et gentium*, 1779, cap. VII, 128-142.

(5) *Ius naturae*, 1746, 521-626.

(6) *Institutiones jurisprudentiae divinae*, 1688, libro I, cap. II, 123-172.

Digitized by Google

consagrar como verdaderos derechos del hombre los instintos todos de la humana naturaleza. Yanka (1), es el último defensor de esta teoría.

3. *Teoría de la coacción o violencia moral y de las acciones mixtas.*

Esta teoría tiene su origen en el Derecho romano, pero no fué objeto de una sistematización general (2).

En el siglo XVI, Tiraqueau (3) sostiene que la coacción moral, si bien no suprime la voluntad, y por tanto no hace desaparecer la intención criminal, la debilita bastante, por lo que la responsabilidad deberá ser atenuada.

Mattheus (4) desarrolla esta teoría y construye la suya de las acciones mixtas, cuyos precedentes se encuentran en Aristóteles, y cuyo completo desenvolvimiento corresponde a Filangieri en el siguiente siglo.

La argumentación de estos autores es la siguiente: De un lado la acción es involuntaria; de otro, se obra voluntariamente: el hombre puede hallarse en la dura necesidad de no poder elegir más que entre dos males; la preferencia que da a uno de ellos depende de su voluntad; ¿pero habría él ejecutado este mal de no encontrarse amenazado por otro? La ley —dicen— no puede exigir a nadie el heroísmo.

Los criminalistas franceses son los que llevan a sus últimas consecuencias la teoría de la coacción moral, afirmando que el estado de necesidad excluye la libertad. El principio de la coacción, unido al de la debilidad humana, tuvo gran aceptación en el siglo XIX; así Le Sellyer, y sobre todo Rossi (5) y Breindenbach (6), en Alemania, afirman que para no violar la ley en caso de necesidad sería necesario el heroísmo, al menos "una fuerza extraordinaria de libertad moral".

Geyer, discípulo de Hebart, es quién últimamente defiende

---

(1) *Der strafrechtliche Notstand*, Erlangen, 1878.

(2) Marchandi: Op. cit., pág. 66.

(3) *De poenis temperandis aut etiam remitendis*, 1516.

(4) En sus comentarios al Digesto: *De criminibus*, 1644.

(5) *Traité de Droit penal*, 1829, libro II, cap. 23.

(6) *Comentar über das hess.*, Strafgesetzbuch, 1842, I, 522-538 y 569-581.

Digitized by Google

esta teoría de un modo muy original: "El Estado —dice— debe dejar impune (el caso de necesidad), porque no puede exigir al individuo que haga constantemente uso de todas sus fuerzas psíquicas (1).

4. *Teorías de la inutilidad de la represión* (2).

Rechazadas las teorías de la conservación, que tratan de erigir en derechos todas las tendencias innatas del hombre, Kant plantea el problema del siguiente modo: "No existe necesidad que pueda volver legítimo lo que es injusto." Pero Kant, que conforme a su sistema penal tenía que castigar el caso de necesidad, por ser un hecho injusto, se rectifica a sí mismo, y faltando a la lógica de sus concepciones declara impune el delito necesario (incluso el homicidio); para ello parte del principio de que la pena —mal incierto— no puede intimidar cuando el hombre se encuentra ante un mal seguro, que puede ser la misma muerte.

La teoría de Fichte de la irrelevancia jurídica es, realmente, la misma de Kant (3), llevada al extremo. Para Kant el acto necesario está fuera de la ley penal, para Fichte está fuera de toda ley (4) (5).

Esta misma teoría es defendida por Feuerbach (6): "Sólo puede ser castigado —dice— quien puede ser intimidado con la amenaza de la ley"; y Romagnosi afirma: "Si después del primer delito se tuviera la certeza moral de que no se cometería otro, la sociedad no tendría ningún derecho de castigarlo." Co-

---

(1) Geyer: *Zur Lehre vom Nothtand, Krit. Vierteljahrschrift,* 1863, 63-83; *Erorterungen über den allegem. Thatbestand,* 1862, 9-10 y 113-116; *Die Lehre von der Nothwehr.* 1857, 99-107; *Holtzendorff's Rechtslexicon,* 1881, II, "Nothstand".

(2) Moriaud las clasifica entre las de *inimputabilidad;* op cit., páginas 144-149.

(3) *Metaphysique Anfangsgründe des Rechtslehre,* 1797.

(4) *Gundlage des Naturechts,* 1797, II, 85-87.

(5) Esta teoría se parece mucho a la sostenida modernamente para el caso de conflicto de bienes de valor igual, a cuyo conflicto concede un valor extrajurídico.

(6) *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts,* 1801, 98.

Digitized by Google

locado en este punto puramente preventivista, Romagnosi rechaza toda idea de pena en caso de estado de necesidad.

Desde distintos puntos de vista han sostenido la inutilidad de la represión Carmignani, Glaser, Meyer y Bentham. Aunque todos llegan a la misma conclusión, los unos se fundan en que en caso de necesidad la pena no intimida; los otros, en que no previene, no es necesaria para la defensa social; y, en resumen, que es inútil.

Parecida a ésta es la opinión de Garçon, en la actualidad. Es precursor de esta teoría Erhard.

5. *Teorías del conflicto de derechos o de bienes.*

Fué Hegel (1) quien primeramente se preocupó de estudiar la naturaleza intrínseca del caso de necesidad, construyendo una teoría verdaderamente jurídica, al enfocar el problema desde un punto de vista puramente objetivo.

Para Hegel el estado de necesidad es un conflicto de derechos que da lugar a otro derecho. La vida, según él, es un derecho absoluto, infinito. No permitir a un individuo salvar su vida en peligro sería suprimirle todos los derechos. En caso de peligro, en conflicto con la propiedad, la vida goza de un verdadero derecho de necesidad. Köstlin (2) va aún más allá y reconoce el derecho de necesidad a favor de la vida, no sólo frente a la propiedad, sino frente a todo otro derecho.

Otros autores, como Luden (3) y Hälschner (4), aceptan la teoría del conflicto de derechos, pero dándola un sentido especial. Opinan que este conflicto no da lugar a un derecho, como afirma Hegel, sino a un delito; pero es un delito civil, toda vez que el acto necesario no va propiamente contra el derecho objetivo.

---

(1) *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* Berlín, 1823, 127.

(2) *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts,* Tubinga, 1845, 154.

(3) *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht,* Gotinga, 1840, 411, 500-512 y 566-567; *Hanbuch des deutschen Strafrechts,* Jena, 1847, I, 304-310 y 327-32.

(4) *Das preussische Strafrecht,* II, "System", 1858, 271-280 y 290; *Das gemeine deutsche Strafrecht,* 1881, 485-503, 520-521 y 479-480.

Digitized by Google

Berner (1) rechaza la doctrina de Hegel sobre el derecho absoluto de la vida, pero desenvuelve la teoría del conflicto de derechos, llegando a darla una amplitud y generalidad de que nunca había gozado. Sin embargo, Berner no admite siempre el derecho a favor del necesitado; a veces solamente concede una simple excusa, teniendo en cuenta la debilidad de la naturaleza humana.

Schaper (2), sustituye conflicto de derechos por conflicto de bienes, y reconoce en todo caso un derecho en favor del necesitado. Parecida opinión sustentan Stammler (3), Merkel (4), Von Bar y Binding (5); Berner y Moriaud solamente reconocen un derecho en caso de que el conflicto se dé entre bienes de valor desigual.

El pensamiento de Moriaud (6) se puede resumir en algunas líneas:

Si los bienes que se hallan en conflicto son de valor desigual, la ley no puede admitir que el menor se conserve a expensas del mayor, y, por tanto, debe reconocer un derecho para la conservación del bien superior; si los bienes en conflicto son de valor igual —por ejemplo, dos vidas—, la ley no puede autorizar a salvar una vida a costa de la otra, y por otra parte tampoco puede exigir que se sacrifique. La ley en este caso no puede ni aprobar ni desaprobar; el Derecho debe desentenderse de este conflicto; la sociedad, si fuera posible, querría la conservación de ambas vidas; pero cuando es necesario, forzoso el sacrificio de una de ellas para salvar la otra, la sociedad debe permanecer indiferente; si castigase con una pena al sobreviviente sería reconocer una preferencia por la víctima. En resumen: este caso cae fuera del Derecho.

---

(1) *De Impunitate propter summam necessitatem proposita*, Berolini, 1861, 24; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1857, 85; 1886, 57 y 58; *Nothwehrtheorie en Archiv des Criminal-Rechts*, 1848, 552-554.

(2) *Holtzendorff's Handbuch*, Berlín, 1871, II.

(3) *Darstellung der Strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes; gekrönte Preis schrift*, Erlangen, 1878, VIII.

(4) *Weiske's Rechtslexicon*, Leipzig, 1858, XII.

(5) *Die Normen; Grundriss zur Vorlesung über Strafrecht*, 1884, 81; *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885.

(6) Op. cit.

Digitized by Google

CAPITULO II

CRÍTICA DE LAS TEORÍAS EXPUESTAS

Aunque brevísimamente apuntadas, en el capítulo anterior se hallan las principales teorías que acerca del problema que nos ocupa se han construído.

Todas ellas pretenden ser unilaterales, y tienden a dar unidad a los distintos casos, justificándolos y pidiendo su impunidad basándose en un *principio único*. Pero bien claramente se ve que ellos mismos no tienen gran fe en este principio. Grocio, a quien se considera como representante genuino de la teoría del retorno al estado de naturaleza, nos habla de las faltas *inevitables*, que son consecuencia de la *fragilidad* de nuestra naturaleza. Si los actos necesarios son impunes, porque en dichos casos se supone la vuelta al estado de naturaleza, no hay para qué justificarlos por la *fragilidad* del hombre.

En las teorías de la conservación propia hay aún menos unidad, y están comprendidas en un mismo título teorías de naturaleza absolutamente distinta. Mientras Pufendorff construye su teoría del instinto de conservación basándose en la *irresistibilidad* de dicho instinto, Thomasius se basa en su *legitimidad*. La primera es de naturaleza puramente subjetiva, pudiendo calificarse el instinto de conservación como una causa de inimputabilidad; la segunda, en cambio, es objetiva, pues trata de hacer del instinto un verdadero derecho al concederle legítimidad. En cuanto a las teorías de la coacción moral, unas son tímidas, como la de Tiraqueau, que nos presenta el caso de necesidad como una debilitación de la voluntad, sin desaparecer la intención criminal, lo cual no justifica la impunidad; la teoría de las acciones mixtas, que parte de la misma idea, es falsa, pues si al encontrarse el hombre entre dos males elige uno de ellos, no quiere decir que al elegirle, su acción no sea voluntaria, toda vez que lo mismo pudo elegir el otro; pero el agente —dicen sus defensores— no habría ejecutado este hecho de no encontrarse en tal situación. Mas éste no es un motivo que vuel-

Digitized by Google

va involuntaria la acción. Todas las acciones humanas están motivadas y no por eso son involuntarias.

Para dar más vigor y eficacia a estos principios se unió a ellos el de la debilidad humana, y entonces se justifican los casos de necesidad, diciendo que la ley no puede exigir de nadie el heroísmo, o, como dice Geyer, "no puede exigir que el individuo haga constantemente uso de sus fuerzas psíquicas".

En las teorías de la *inutilidad de la represión,* hemos comprendido algunas otras que, por proceder de ellas y por su gran parecido entre sí (no menor que el existente en las ya expuestas), pueden agruparse bajo un mismo título. Para unos la pena es inútil porque no intimada (Kant, Feuerbach), o no sirve para regular las relaciones de coexistencia entre los hombres (Fichte), o no sirve para prevenir (Romagnosi), y, en una palabra, es inútil (Bentham, Carmignani...).

En las teorías del conflicto de derechos o bienes también existe una pluralidad de opiniones y puntos de vista: unos creen que la vida es un derecho absoluto frente a los demás derechos (Hegel Köstlein); otros rechazan esta idea y afirman la existencia de un delito como resultado de este conflicto (Luden, Hälschner). Berner unas veces reconoce un derecho y otras una simple excusa. Parecida a ésta es la opinión de Moriaud; otros, en cambio, reconocen un derecho en todo caso (Merkel, von Bar, Binding, Stammler).

Otros varios principios secundarios se han sostenido, y alguno, como el de la debilidad de la humana naturaleza, es muy raro que no entre en casi todas las teorías.

A nuestro modo de ver, ninguna de las teorías examinadas resuelve plenamente el problema del estado de necesidad; este es un problema complejo, y a soluciones complejas hemos de acudir.

Para ello, lo primero que se impone es hacer una clasificación de las distintas hipótesis que pueden darse de estados de necesidad; clasificación que siendo amplia comprenda todos los casos posibles de necesidad.

La enumeración insistemática de casos no puede darnos sino una noción muy general del problema, pero no puede servir

Digitized by Google

de base, en ningún caso, para construír una teoría general que abarque todas las cuestiones que del mismo surgen.

Nosotros aspiramos a plantear este problema en un plano pragmático para llegar a soluciones viables y manteniéndonos dentro de la doctrina sentada en el Código penal español.

Es un error el de creer que la impunidad reconocida para el estado de necesidad tiene siempre el mismo fundamento. A esta conclusión se llega cuando se someten todos los casos de necesidad a un solo tipo, suponiendo que todos tienen la misma psicología e idéntica estructura, y no es así.

El estado de necesidad adopta formas diversas y constituye figuras de delito esencialmente distintas, que en modo alguno pueden justificarse ante el mismo principio y darlas un fundamento único.

Admitimos tres clases de causas por las cuales un hecho delictivo, o mejor dicho, aparentemente delictivo, no lleva aparejada una penalidad. Estos tres grupos de causas son:

Causas de *inimputabilidad,* causas de *justificación* y causas de *inimpunibilidad* o excusas absolutorias.

Partiendo de esta clasificación, intentaremos construír una teoría integral.

PARTE TERCERA

DESENVOLVIMIENTO DE UNA TEORIA INTEGRAL DEL ESTADO DE NECESIDAD

CAPITULO I

NATURALEZA JURÍDICA DEL ESTADO DE NECESIDAD EL FUNDAMENTO DE SU IMPUNIDAD

1. ***Todos los casos de necesidad están comprendidos en los tres grupos de causas: inimputabilidad, justificación o inimpunibilidad.***

Como dice Marchand (1), cuando un acto prohibido goza de impunidad completa, es que las condiciones en las cuales ha

(1) Op. cit., pág. 140.

Digitized by Google

sido realizado constituye una excusa absolutoria, una causa de justificación o una causa de inimputabilidad; y luego se pregunta: ¿la necesidad debe constituír una causa especial o entrar en uno de estos tres grupos?

Marchand planteó el problema de un modo acertadísimo, a nuestro modo de ver, pero no supo o no quiso sacar las consecuencias lógicas de sus primeras afirmaciones. Veámoslo: "Se ha exagerado —dice— la importancia de esta cuestión; lo esencial es comprender en un solo precepto todos los casos que pueden presentarse, dando la solución más conforme a la justicia; examinemos aquellas hipótesis, pero dejemos a un lado las excusas absolutorias."

Se equivoca Marchand al opinar que no tiene gran importancia la cuestión, siendo así que mal se podría dar la solución más conforme con la justicia, como él demanda, si no se establece previamente con todo rigor el fundamento de la impunidad concedida. La introducción obligada al estudio del Derecho penal es el examen del fundamento y legitimidad del poder de castigar; ahora, al exceptuar del principio fundamental del Derecho penal una serie de hechos prohibidos, es preciso que establezcamos previamente la legitimidad y fundamento de la no punición.

Además, solamente así se podrán conocer, en líneas generales, todos los casos exceptuados del rigor de las leyes penales.

Igualmente encontramos errónea la opinión de Marchand de prescindir *a priori* de las excusas absolutorias. Ya se verá más adelante, cómo existen muchos casos de necesidad que en este y no en otro de los tres grupos tienen entrada.

Muchas veces, perteneciendo el caso de necesidad a uno de los grupos establecidos, siendo, por ejemplo, una causa de justificación, podría constituír a la vez una causa de inimputabilidad o una excusa absolutoria; pero siempre tendrá una característica especial que permita darle cabida en uno de los grupos con preferencia a los demás.

Así lo cree Sermet, el cual, al examinar las teorías del estado de necesidad, dice: "No tendríamos ningún inconveniente en fundar la impunidad del delito necesario sobre el estado de coacción moral, en que se encuentra su autor y hacer del estado de

Digitized by Google

necesidad un caso particular de la coacción moral, si no hubiéramos dicho que el delito necesario no es verdadero delito. El argumento de la coacción moral —continúa— no es, pues, inexacto, sino superfluo; otro tanto diremos del argumento de la inutilidad de la represión." Estamos de acuerdo con Sermet, en principio, pero no admitimos la amplitud que da este autor a su argumentación; evidentemente, se podrá en algunos casos invocar la coacción o la inutilidad, pero de ningún modo se puede invocar en todos; en muchos de ellos, el agente habrá obrado hallándose en la plenitud de su voluntariedad. Ciertamente, siempre que el hecho pueda justificarse, cabe invocar la inutilidad de la pena en tal caso: la pena es útil solamente aplicada a los verdaderos delitos, no a hechos que sólo tengan la apariencia de tales. Por eso la *inutilidad* de que hablamos aquí se refiere a los casos en que, no habiendo causa que los justifique y existiendo perfecta normalidad en el agente, es, sin embargo, útil a la sociedad el no castigarlos.

2. *Hipótesis que pueden plantearse en relación con las personas necesitadas. Las tres clases de necesitados.*

De lo dicho en el párrafo anterior se deduce que en el estado de necesidad existen tres maneras de ser del agente —el necesitado—.

a) El necesitado obra con conciencia. Ejemplos: El indigente que hurta las ropas necesarias para cubrir sus desnudeces y no perecer de frío, o hurta algunos alimentos para no morir de inanición; el individuo que hurta un cubo de una tienda para ayudar a la extinción del incendio de una casa ajena.

Es evidente que el necesitado, en estos casos, se da perfecta cuenta de lo que hace; más aún: en algunos casos su acto constituirá, a sus ojos, el ejercicio de un derecho o por lo menos ante su conciencia no aparece como una cosa inmoral. Por esto su acto es lícito; es un verdadero derecho; constituye lo que se llama en doctrina una causa de justificación, como la legítima defensa, la obediencia debida, etc.

b) El necesitado obra impulsado por el temor de un mal grave, hasta el extremo de no darse cuenta del acto que ejecuta, padeciendo una verdadera perturbación de sus facultades mentales. Ejemplos: Dos individuos que se hallan dentro de una

Digitized by Google

habitación se ven atacados de pronto por un perro rabioso; uno de ellos escapa, cerrando tras de sí la puerta y siendo causa, de este modo, de la muerte de su compañero; el individuo que para no perecer entre las llamas rompe una puerta y huye locamente por la escalera atropellando a un bombero y arrojándole desde lo alto, siendo la causa de su muerte; el mismo ejemplo citado al principio de los dos náufragos que luchan desesperadamente para apoderarse de una tabla, que solamente a uno de ellos puede salvar; un paseante, ante el terror que le inspira el verse entre dos automóviles que van a cruzarse ante él en una carretera salta a un viñedo, causando algunos daños.

¿Se puede dudar que en estos y en otros casos parecidos existe una causa de inimputabilidad y no una causa de justificación?

Pregúntese cada cual qué cree que le ocurriría en semejantes situaciones de la vida, y si, como es de suponer, es sincero consigo mismo, tendrá que confesarse que el peligro inminente de perecer le privaría por completo de su conciencia y libertad de determinarse, y obraría solamente movido por el instinto de salvarse sin pararse a elegir, ni siquiera pensar en los medios. De muy distinta manera obraríamos de no hallarnos poseídos de una verdadera perturbación (1). ¿Quién, que no sea un malvado o un cobarde, dejaría voluntariamente —intencionadamenmente— encerrado a su compañero con el perro rabioso, o voluntariamente bajaría corriendo la escalera conociendo el peligro inminente de arrojar al suelo a un pobre bombero? Es evidente que, discurriendo con serenidad, todo hombre honrado se expondría al mismo peligro en que se encuentra el amigo o compañero de in-

(1) En contra de esta opinión padre Jerónimo Montes: "La necesidad aplicada a la conducta humana puede ser física y moral. La primera existe cuando la acción o la omisión procede de una causa superior a la voluntad del agente-fuerza mayor, fuerza irresistible que constituye, por tanto, una verdadera causa de inimputabilidad, y de ella hemos tratado en su lugar. La segunda, que es la que aquí vamos a estudiar, *no anula las condiciones de imputabilidad;* sólo significa que una persona se encuentra en tal situación, que para librarse a sí misma o a otra u otras de un mal se ve en la precisión de causar un daño jurídico que, fuera de estas circunstancias, sería un verdadero delito." *Derecho penal español,* parte general, vol I, pág. 456.

Digitized by Google

fortuito, se decidiría a correr su misma suerte, y de ningún modo vendría a agravar la situación del compañero con sus actos (como cerrar la puerta, en el ejemplo de arriba citado).

Si esto no se hace en la mayor parte de los casos, es sencillamente porque el hombre, al causar aquellos daños, no se da cuenta de sus actos. Esta pérdida momentánea de sus facultades mentales puede ser originada incluso por el estado de inanición, uniéndose entonces la causa de justificación a la causa de inimputabilidad.

Ciertos casos, como el de los náufragos, por ejemplo, solamente así pueden exceptuarse de la ley penal y declararse impunes. La ley no puede reconocer un derecho en ningún caso de muerte de una persona; así opinan también los penalistas que se han ocupado en estas cuestiones.

c) El necesitado ejecuta su acto voluntariamente, y la ley penal, por su parte, no puede reconocerle la categoría de derecho; sin embargo, atendiendo a los motivos no antisociales del agente, por razones de política penal o utilidad social se declara su impunidad. Ejemplos: Todos los conflictos de bienes iguales en que no hay causa de inimputabilidad, de justificación; como ya veremos, no puede haberla en caso de conflicto de bienes iguales.

CAPITULO II

HIPÓTESIS QUE PUEDEN PLANTEARSE EN RELACIÓN CON LOS BIENES EN CONFLICTO

1. *Conflicto entre dos bienes de valor desigual.*

Cuando el conflicto se presente entre dos bienes de valor desigual la cuestión no puede ser dudosa: el de menos valor debe ser sacrificado en beneficio del bien mayor. Por ejemplo: Hurto famélico, caso de la mujer que huye desnuda por la calle para ponerse fuera del alcance del hombre que intenta matarla o violarla.

La razón de la impunidad es bien sencilla. El derecho penal tienen como misión única la defensa de la sociedad; su fin es, pues, utilitario, y a la sociedad le interesa que, cuando los bienes peligran, siendo forzoso que uno de ellos perezca, sea el menor el

Digitized by Google

que se sacrifique para salvar el mayor; de otro modo sería sacrificado el más importante o perecerían los dos, y la sociedad resultaría perjudicada.

En todos estos casos, la ley reconoce un verdadero derecho a favor del agente porque le conviene la comisión de dicho acto, aparentemente delictuoso. Como dice muy atinadamente Sermet (1), las mismas penas no son otra cosa que delitos cometidos por necesidad, y el verdugo que mata al reo comete un verdadero homicio necesario.

Por lo dicho anteriormente se deduce que a veces se dará una causa de inimputabilidad en estos conflictos de bienes iguales; pero la razón de su impunidad radica indudablemente en ser un acto lícito, y es, por tanto, una causa de justificación la que le hace impune.

Sin embargo, es sumamente importante apreciar el hecho de la no imputabilidad, por la enorme dificultad de valorar la importancia de los bienes en conflicto, en algunos casos.

Ciertamente que, en buenos principios, no cabe hablar del ejercicio de un derecho hallándose perturbado, aunque esta perturbación sea momentánea (como ocurre en el estado de necesidad); por eso decimos que el fundamento de la impunidad en caso de conflicto de bienes desiguales es, generalmente, objetivo, si bien puede ser a veces más bien subjetivo; es decir, subjetivo-objetivo.

2. *Conflicto entre dos bienes de valor igual.*

Dentro de esta hipótesis caben otras dos:

a) *El estado de necesidad constituye una causa de inimputabilidad.* Ejemplo: el de los dos náufragos.

b) *El estado de necesidad constituye una excusa absolutoria.* Siguiendo la doctrina expuesta acerca del fin del Derecho penal, decimos que es indudable que a la sociedad interesa salvar uno de los dos bienes en conflicto; esto es muy preferible a que ambos bienes perezcan; es, por tanto, útil (2) a la sociedad no castigar el acto del necesitado; pero al mismo tiempo

(1) Op. cit., núm. 145

(2) Serment, Op. cit., núm. 148, afirma erróneamente que el acto no es ni útil ni inútil a la sociedad.

Digitized by Google

la sociedad, o lo que es lo mismo, la ley, no puede declarar su preferencia por ninguno de ellos; de aquí que no reconozca un verdadero derecho sino una simple excusa absolutoria.

El Derecho penal no encuentra razón para imponer un castigo: el agente no ha obrado por motivos antisociales, no es un individuo peligroso; de aquí que la ley penal le exime de toda pena; es decir, declara su acto no delictuoso, pues sólo en apariencia lo es.

La mayor parte de los autores que se ocupan de esta cuestión prefieren dar al acto necesario la consideración de irrelevante —extrajurídico, extrapenal—, suponiendo por una ficción que la ley no se entera de su comisión, que la sociedad está ciega y no ve tales casos. Esta doctrina nos parece demasiado arcaica; el Derecho moderno no puede admitir las ficciones del Derecho romano; el Derecho debe enterarse de todo y proteger todos los bienes, procurando siempre una eficaz defensa social. Ya que no *a priori, a posteriori* debe reconocer como bien hecho lo realizado por el agente en estado de necesidad, y reconocer a su favor una excusa absolutoria que le exima de la consecuencia penal.

3. *Cómo debe apreciarse el valor o importancia de los bienes en conflicto.*

Para la justa apreciación en la práctica de los casos de necesidad es preciso resolver una cuestión previa: ¿Qué criterio se debe seguir para valorar los bienes en conflicto? O lo que es lo mismo: ¿Cómo saber cuál de los dos bienes es el superior? Examinemos los varios criterios propuestos:

a) *Criterio del valor individual.*—Es muy distinta la importancia que conceden a los bienes la sociedad y el individuo; pocas, muy pocas veces irán de acuerdo.

La mayor parte de los bienes tienen más o menos importancia según la idea o estimación que de ellos tiene el poseedor, y singularmente los bienes personalísimos e invalorables, como el honor, honestidad, etc. Es preciso, por tanto, que el Estado, es decir, la ley, tenga muy en cuenta la estimación individual; porque, como dice muy justamente Moriaud, "el Estado que por el reconocimiento del derecho de necesidad respeta

Digitized by Google

el egoísmo en una justa medida, no puede ordenar al individuo el sacrificio de un bien que para él es lo primero de todo" (1).

El juez, sin embargo, no ha de reconocer todo lo que el individuo quiera, y que solamente estará, a veces, en su fantasía, como dice el mismo Moriaud (2).

La importancia de un bien está en relación estrecha con aquel que le posee: así, cien pesetas pueden ser mucho o nada, según la fortuna del poseedor.

b) *Criterio del valor moral.*—Es un punto de vista que no debe desatender tampoco la ley, o mejor dicho el juez, en la apreciación de un conflicto.

c) *Criterio del valor social.*—Este es, sin disputa, el criterio más importante, pero no el único. "No se debe tener en cuenta —dice Sermet— el punto de vista moral, ni el punto de vista individual, sino *solamente* el punto de vista social, salvo el examen de la relación que existe entre el bien lesionado y su propietario, cuya relación puede influír sobre el valor social del bien lesionado (3). No se puede adoptar el punto de vista individual —continúa Sermet—, pues el delincuente siempre encontraría justificado su hecho, pareciéndole superior su bien al bien atacado o lesionado."

Pero Sermet desvirtúa su doctrina, pues en el número 154 de su obra, dice: "En cuanto al valor de las casas incendiadas, habrá que tener en cuenta su valor relativo, en relación con el patrimonio, y no su valor absoluto, pues a veces la pérdida de una casa modesta puede ser más grave que la pérdida de un palacio para un potentado. Aquí, precisamente, es cuando habría que tener en cuenta el punto de vista del valor social; es absurdo que se deje incendiar un palacio suntuoso lleno de objetos de arte y de valor para salvar una choza; lo razonable es que se salve el palacio, aunque la sociedad indemnice o repare de la pérdida de la choza a sus modestos dueños.

El punto de vista social, el criterio de la importancia social debe ser la base para la apreciación de los dos bienes en conflicto por el juez, pero no debe ser el criterio exclusivo como pare-

(1) Op. cit., págs. 306-307.
(2) Op. cit., pág. 307.
(3) Op. cit., núm. 145.

Digitized by Google

ce pretender Sermet, que solamente admite una excepción, y ésta para mejor apreciar el valor social (1) (la relación del bien con su propietario); pero ya se ha visto a qué queda reducido en la práctica el criterio del valor social según Sermet.

Para establecer la comparación social de los bienes en conflicto, una norma es la de la pena señalada a la lesión: la pena, ha dicho Ihering, es el precio corriente; pero "muchas veces las penas no responden al valor social de los bienes" y "puede ocurrir que la pena sea la misma para los dos bienes, y, sin embargo, el valor social sea muy distinto". Ha de tenerse en cuenta también la cantidad de bienes en presencia (una vida o varias), el grado en que el bien es lesionado, la mayor o menor irreparabilidad, etc.

En resumen: es el juez el único que ateniéndose a los hechos y desde el punto de vista del valor social —aunque sin prescindir del moral y del individual—, compare los dos bienes en conflicto y señale el valor de cada uno de ellos.

Para hacer esta valoración el juez debe comparar el mal evitado con el mal causado, y así llegará a conocer el valor de los bienes en conflicto (2).

"El juez —dice Marchand— debe tener libertad para discernir la mayor o menor utilidad del acto. Las palabras bienes iguales, bienes desiguales, mal más grave, mal de la misma gravedad, son términos demasiado precisos que encierran al juez en límites muy estrechos; nosotros preferiríamos que se insertasen en la ley las palabras "sensiblemente menos grave" y "de gravedad análoga", y que ante todo se examine la buena fe del agente (3)."

Es imposible dar reglas más precisas, y al juez debe corresponder la apreciación de cada caso, ateniéndose a los varios criterior señalados, y muy principal, aunque no exclusivamente, al criterio de valoración social. "Se ve que la ley confia al juez una misión delicada (4)."

---

(1) Véase lo dicho anteriormente.

(2) Comp. Moriaud: Op. cit., pág. 308; vid. el criterio de Cremani en su obra *De jure criminali*, I, cap. IV, núm. 3.

(3) Marchand: Op. cit., págs. 152-154.

(4) Moriaud: Op. cit., pág. 308.

Digitized by Google

CAPITULO III

CONSECUENCIAS Y CONDICIONES DEL ESTADO DE NECESIDAD

1. *Consecuencias del estado de necesidad.*

Al hacer el estudio de las dos hipótesis de estados de necesidad, atendiendo a la importancia y cuantía de los bienes en conflicto —de bienes iguales y de bienes desiguales—, distinguíamos dentro de cada una de ellas las varias situaciones del necesitado, que hacían del hecho una causa de justificación, una causa de inimputabilidad o una excusa absolutoria. Así, en la hipótesis de conflicto de bienes de valor desigual, el fundamento de la impunidad está en ser lícito el acto del necesitado cuando el bien menor se sacrifica en provecho del mayor, habiendo —como ya se dijo— algunos casos en que a la causa de justificación o licitud del acto se unía la causa de inimputabilidad, pudiendo servir de fundamento supletorio, en aquellas ocasiones en que resulta difícil la valoración de los bienes en conflicto.

En la hipótesis de conflicto de bienes de valor igual, distinguíamos casos que constituyen una causa de inimputabilidad y otros que son simples excusas absolutorias.

Es de gran importancia distinguir con absoluta precisión dichas hipótesis y subhipótesis para la determinación de las consecuencias de la impunidad del acto necesario.

Las consecuencias deben ser muy distintas según que el acto del necesitado constituya o no un derecho. Constituye siempre un derecho en caso de conflicto de bienes desiguales a favor del titular del bien mayor (solamente se recurrirá al apoyo de la imputabilidad cuando la desigualdad de los bienes ofrezcan dudas); no constituye un derecho en los demás casos.

A) *Consecuencias respecto al titular del bien lesionado*:

a) Cuando el acto necesario constituye el ejercicio de un derecho, el propietario del bien lesionado no tiene derecho de legítima defensa contra el necesitado o el bien que trata de salvar.

a') Cuando el acto necesario no constituye el ejercicio de un derecho, el propietario o titular del bien lesionado no tiene el derecho de legítima defensa, pero se encuentra a su vez en

Digitized by Google

el estado de necesidad que le permite defender su bien por ser de igual valor que el bien del primer necesitado.

B) *Respecto a la intervención de otras personas en ayuda del necesitado*:

b) Cuando el acto necesario constituye el ejercicio de un derecho, pueden intervenir otras personas en ayuda del necesitado, teniendo los terceros un verdadero derecho para ello, y el titular del bien lesionado no puede reaccionar contra el ataque de los terceros, en tales casos. Ejemplo: recuérdese el del que se apodera de un cubo ajeno para contribuír a la extinción de un incendio.

b') *Una caso especial de intervención*: Embriotomía.

La cuestión que se plantea aquí, es de la mayor importancia. ¿Puede destruír el médico el feto dentro del seno mismo de la madre?

La Iglesia se preocupa profundamente de esta cuestión, razonando de esta manera: Es preferible la muerte de la madre, por estar ya bautizada.

Los autores laicos conceden, en general, el derecho de vida a la madre, considerando el hecho como un caso de necesidad, no faltando algún autor que lo califica de caso de legítima defensa, opinión que estimamos absurda (1).

Creemos que se trata de un caso de necesidad, en que el médico tiene incluso la obligación de intervenir para salvar la vida de la madre; es, pues, un conflicto de bienes, y es preciso salvar el mayor a costa del menor.

b'') Cuando el acto necesario no constituye el ejercicio de un derecho, solamente pueden intervenir en favor del necesitado aquellas personas que tienen la obligación de proteger al necesitado: parientes, guardadores o amigos íntimos, dejándose el hecho a la apreciación del juez en cada caso. El propietario del bien lesionado puede reaccionar contra todos, puesto que puede reaccionar contra el titular del bien que se trata de salvar, por no constituír un derecho.

C) *Consecuencias respecto a la responsabilidad civil.*

---

(1) Marchand: Op. cit., 171-172.

Digitized by Google

c) Cuando el acto necesario no constituye el ejercicio de un derecho no ha lugar a la reparación.

c') Excepciones:

1.ª Que el estado de necesidad haya sobrevenido por culpa del necesitado; éste debe reparar el daño.

2.ª Que haya sobrevenido por culpa de un tercero; a cargo de éste queda la reparación.

c'') Cuando el acto necesitado no constituye el ejercicio de un derecho, es preciso distinguir:

c''') Que el necesitado tenga a su favor una causa de inimputabilidad, y entonces no está obligado a reparar; tan sólo tiene una obligación moral.

c'''') Que goce de una simple excusa absolutoria, y en este caso debe estar obligado a la reparación.

c''''') Excepciones:

Las mismas que en el caso anterior, suponiendo, como es natural, que al hablar de culpa del necesitado éste se halla, en el momento de cometerla, en condiciones de imputabilidad.

Nos hacemos cargo de la enorme dificultad, en la práctica, de poder llegar el juez a un conocimiento exacto del estado del necesitado en el momento de ejecutar el acto, lo cual no dice nada en contra de la doctrina que sustentamos.

En muchos casos, el Estado es quien debe responder de los daños causados en el estado de necesidad, reparando al titular del bien lesionado cuando ninguna otra persona viene obligada a dicha reparación; así, por ejemplo, en el caso de hurto de alimentos la beneficencia pública debe ser la encargada de reparar, puesto que ella es quien tiene la obligación de atender a las necesidades más apremiantes.

Otras veces vendrán obligados a la reparación o indemnización las personas de un círculo social más estrecho, cuando sea a ellos solamente a quienes interesa; por ejemplo, la contribución de todos los propietarios a la extinción de los incendios, o la de todos los cointeresados o dueños de las mercancías en la echazón.

2. *Condiciones del estado de necesidad.*

Como dice Moriaud (1), graves consideraciones obligan a

(1) Op. cit., 268-269.

Digitized by Google

llevar a la práctica una moderación en las consecuencias de los principios expuestos. Por una parte la dificultad de confiar al individuo no solamente la comprobación del mal (del peligro), sino su apreciación, fijando el valor relativo en aquel momento de los bienes en conflicto. Por otra parte el acto necesario presenta una figura de delito, y, autorizándole, la ley consagra una excepción a sus disposiciones, y este es un mal, pues origina una debilitación de la autoridad.

Pero no es peligroso el reconocimiento de la impunidad del delito necesario, o mejor acto necesario, cuando "la impunidad se encuentra sometida a rigurosas consideraciones" (1).

Veamos cuáles son éstas (2).

a) *Injusticia del mal evitado.*—Es evidente que no hay conflicto de bienes a los ojos de la ley y, por tanto, no existe estado de necesidad: 1.° Cuando el mal es causado por voluntad de la ley. 2.° Cuando el individuo tiene la obligación de sacrificarse; así, por ejemplo, hay obligación de someterse a la pena impuesta por un delito y el soldado tiene el deber de exponer su vida por la patria.

b) *Que el acto necesario sea el único medio de evitar el mal.* —Es decir, el acto debe ser el único medio, o el menos dañoso, de evitar el mal, no debiendo darse exceso en la lesión, sino procurando el necesitado causar el menor daño posible.

c) *Que el mal sea inminente.*—El mal debe ser inminente, lo cual no se opone a que sea un mal previsto, es decir, que aunque el agente haya previsto el mal con alguna anterioridad a su aparición, se da el estado de necesidad cuando no existe otro medio para evitarlo; es preciso tener en cuenta, como dice Moriaud, que "una certidumbre completa es casi imposible" (3).

d) *Que el bien sacrificado sea inferior o a lo más igual al bien salvado.*— Nos remitimos a lo dicho sobre esta cuestión

(1) Sermet: Op. cit., núm. 182.

(2) Según Sermet, mejor que decir condiciones sería emplear la palabra elementos (nota 3.ª de la pág. 256); creemos que el término *condiciones* expresa con exactitud la materia de que se trata; también se podría decir *limitaciones*.

(3) Cit. pág. 305.

Digitized by Google

en las páginas anteriores, al plantear la hipótesis del conflicto de bienes en cuanto a su valor o importancia.

Si el bien salvado fuese menos importante que el sacrificado, entonces el agente gozaría tan sólo de una causa de atenuación, que sería mayor o menor según la mayor o menor diferencia existente entre ambos bienes.

c) *El delito necesario es impune sólo en la medida en que es necesario.*—Por tanto, serán también impunes los delitos conexos que hayan sido necesarios para evitar el mal; así, por por ejemplo, el citado por Sermet: el famélico que va a coger un pan puede romper la vitrina o forzar la puerta del panadero.

f) *Que el estado de necesidad no sea la consecuencia de un acto doloso intencional y criminal del necesitado.*—Resulta evidente que la impunidad desaparece cuando el estado de necesidad ha sido causado (provocado) intencionalmente por el necesitado; en tal caso tenemos algo parecido a una *actio liberae in causa,* en que el agente no está en condiciones de imputabilidad en el momento del resultado, pero lo estaba en el momento de la manifestación de su voluntad.

Puede ocurrir que el estado de necesidad sea la consecuencia de una simple culpa, imprudencia, y entonces el derecho del necesitado no debe desaparcer aunque se le exija una responsabilidad especial por dicha culpa (1); este sería el caso del que excita a un perro que se halla sujeto a una cadena, ésta se rompe y el autor del hecho huye para librarse del perro, atropellando en su carrera a un niño, o rompiendo un escaparate, etc.

Todas las condiciones enumeradas son necesarias para que el acto necesario sea impune; pero no es preciso que todas se den en la realidad; es suficiente con que el necesitado las crea presentes; es decir, que *el error no suprime la impunidad, si es inevitable.* Ahora bien, si no se dan las condiciones examinadas en las letras *a*), *b*) y *d*), o sea injusticia del mal evitado, que el acto necesario sea el único medio de evitar el mal y que el bien sacrificado sea inferior al bien salvado, entonces desapare-

(1) No es justo negar al perezoso o al pródigo el derecho a hurtar un panecillo si se encuentra en estado de necesidad, como pretenden Pufendorff y Rossi.

Digitized by Google

ce el carácter de derecho (si lo tenía), aunque desde luego continúa siendo impune si el error del necesitado es inevitable. La ausencia de las otras condiciones no priva al acto necesario de su consideración de derecho (caso de ser conflicto de bienes desiguales).

En el caso de no darse todas las condiciones examinadas o darse imperfectamente, es decir, cuando el acto no es completamente necesario, "conviene que la ley dé al juez el derecho de atenuar libremente la pena" (1).

3. *Las formas incompletas del estado de necesidad.*

Bajo este título se estudian varios casos; son los principales: *a*) aborto para salvar el honor de la madre; *b*) infanticidio cometido por el mismo motivo, y *c*) abandono del niño o supresión de estado, con igual fin.

En ninguno de estos casos se puede hablar de dolo por parte de la necesitada, pues evidentemente no se puede decir que el embarazo sobreviniera intencionadamente; puede hablarse de culpa y en algún caso de dolo eventual, y sin embargo, ninguno de estos casos constituye un verdadero estado de necesidad. Son, por tanto, delitos que merecen un castigo, y lo más que puede pedirse en buenos principios es una atenuación de la penalidad, por razón del móvil que los ha determinado.

Este problema ha adquirido enorme importancia durante la guerra europea. Singularmente en Francia, los invasores han cometido numerosas violaciones de mujeres francesas; ¿son lícitos en estos casos el aborto y el infanticidio?

"El senador Louis Martín pensó que la ley debía proteger estas consecuencias; para ello proponía declarar que en caso de aborto la ley ignoraría este hecho, que tiene carácter criminal en épocas normales (2)." Longhi y Messina protestan de tal doctrina. "Ni la oportunidad política, ni la utilidad jurídica —dice este último— pueden legitimar la suspensión de las leyes penales contra el aborto y el infanticidio (3)."

"Este mismo año —dice Anchorena— un tribunal francés

(1) Moriaud: op. cit., pág. 310.

(2) José M.ª Paz Anchorena: *La prevención de la delincuencia*, Buenos Aires, 1918, pág. 42.

(3) *Revue Pénitentiaire*, págs. 733 y sigs. (1915).

Digitized by Google

absolvió a una muchacha acusada de infanticidio, que invocó en su defensa el hecho de que su hijo era hijo de *boche*. Los penalistas criticaron esta jurisprudencia, a pesar del ardor patriótico que les anima, porque ven en esta relajación de costumbres el derrumbe de la moral y la ineficacia de la pena."

El anteproyecto suizo ha sido el primero que ha establecido el derecho a favor de la violada para producir el aborto.

CAPITULO IV

LOS VARIOS PROYECTOS DE UN ARTÍCULO SOBRE EL ESTADO DE NECESIDAD

1. *Conveniencia de un texto legislativo reconociendo la doctrina general del estado de necesidad.*

Cuestión muy debatida es la de si la ley debe reconocer de una manera terminante y explícita el estado de necesidad (1). Pero como dice Sermet, "un texto es deseable" (2). Es equivocado el suponer que con esto pierde autoridad la ley penal, tratándose, como se trata, de excepciones muy justas.

Menos fundamento tiene el temor de que todos los ladrones y otros criminales aleguen la existencia a su favor del estado de necesidad, pues, como se ha visto más arriba, las condiciones a que está sometido el acto necesario son lo bastante rigurosas para evitar toda falsedad en este punto.

2. *Opiniones diversas en cuanto a la redacción del texto legal.*

---

(1) Op. cit., núm. 210.

(2) En contra del texto legislativo, por considerarlo peligroso: Merlin (M): *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5.ª edic. 18 vols., París, 1828; vol. V, secc. 1.ª, núm. 9; Carnot: *Comentaire sur le Code pénal*, I, pág. 206; Lefort: *Cours élémentaire de droit criminel*, págs. 204 y sigs.; Chaveau et Faustin Hélie: *Téorie du Conde pénal*, I, 376; Doucet: *La répression des délits causés par la misère* en *Revue politique et parlamentaire* (1900), XXX, págs. 88 y sigs.; Garraud: *Traité théorique et practique du droit pénal français*, 6 vols., París, 1888, tomo I, núms. 225 y 238; la última edición es de 1913: y sobre todo son contrarios a este reconocimiento los magistrados messieurs Tellier, Jolly, Cruppi y otros muchos.

Digitized by Google

En cuatro grupos, siguiendo a Sermet, pueden clasificarse los que aspiran al reconocimiento del estado de necesidad por medio de un precepto legislativo:

a) Los que quieren un texto muy general, dejando al intérprete la mayor libertad posible.

b) Los que desean un texto muy detallado, que enumere minuciosamente todas las condiciones y todas las consecuencias de la impunidad del delito necesario.

c) Los que rechazan una fórmula sintética del estado de necesidad y estiman que es suficiente proclamar, a medida que la práctica vaya revelando su necesidad, la impunidad de tal o cual delito o acto necesario.

c) Finalmente, el cuarto grupo (o mejor opinión), formado por la proposición de monsieur Roux, proposición mixta que aspira a establecer un texto muy general y a la vez ir dando entrada a los actos necesarios tal como se vayan presentando en la práctica. Es, pues, un sistema mixto, compuesto del primero y tercer grupo de opiniones.

Somos partidarios de fórmulas generales, lo más amplias posibles, que dejen gran libertad al juez en su interpretación; de lo contrario, la labor del juez es mecánica e inútil.

Llevando a la práctica la opinión de los partidarios de los tres últimos grupos, que piden textos minuciosos y detallados, los Códigos se harían interminables, pues la misma razón de minuciosidad existiría para la mayor parte de los preceptos legales (1). Por esta razón, y por ser incompletas, rechazamos las proposiciones de messieurs Roux y las de monsieur Magnaud-Millerand, Perillier, Thiry, Moriaud, Janka y de la primera sección de la Sociedad general de Prisiones.

"El papel de la ley es establecer los principios en pocas palabras y de la manera más general. A la jurisprudencia y a la doctrina corresponde ir presentando las consecuencias de dichos principios, inspirándose en el fin perseguido por la ley (2)."

---

(1) Esta opinión es ya mantenida por nosostros en nuestro libro *Teoría de los delitos de omisión*, al formular un proyecto de artículo que comprendiera todas las omisiones, Madrid, Reus, 1918.

(2) Sermet: Op. cit., 328-329.

Digitized by Google

Por otra parte, las fórmulas detalladas, por mucho que lo sean, siempre resultarán incompletas, por la imposibilidad de comprender todos los casos que pueden darse en la vida.

3. *Ventajas de una fórmula general y amplia.*

En cambio, "el peligro de ser incompleta no existe cuando la fórmula legislativa inserta en un Código es muy amplia y no entra en ningún detalle" (1).

La Academia de Legislación de Toulouse propuso la siguiente fórmula: "No existe crimen ni delito cuando el acusado ha sido constreñido por una necesidad absoluta y ajena a toda culpa (2)."

Algunos miembros de la Sociedad general de Prisiones propusieron la misma fórmula arriba transcrita, suprimiendo las palabras últimas "ajena a toda culpa" (3).

Finalmente, en Francia también Emile Garcon ha propuesto completar el art. 64 del Código penal dejándole de este modo: "No hay crimen ni delito cuando el acusado estuviese en estado de demencia al tiempo de la acción, o cuando ha sido impulsado por una fuerza a la cual no ha podido resistir, *o cuando no ha obrado sino bajo el imperio de la necesidad.* Esta fórmula le parece bien a Ernest Sermet (4); en cambio Saleilles (5) opina no ser necesaria esta adición; sería bastante con que la jurisprudencia abandonase su timidez.

Sin embargo, Sermet opina que no es el lugar que le corresponde el art. 64, porque colocado el precepto del estado de necesidad al lado de la *demencia* y de la *fuerza irresistible* parece indicar que el estado de necesidad participa de la naturaleza subjetiva de aquellas dos causas de impunidad, siendo así que es de naturaleza objetiva. Por esta razón Sermet (6) propone añadir el contenido del art. 65 al art. 4.° del Código penal y dejar

(1) Sermet: Op. cit., pág. 328.

(2) *Recueil de l'Academie de législation de Toulouse,* 1900-901, XLIX pág. 146.

(3) En la discusión de la fórmula monsieur Roux.

(4) Op. cit., pág. 332.

(5) *Revue pénitentiaire* (*Bulletin de la Société générale des prisions,* 1901, págs. 73 y sigs.

(6) Op. cit., págs. 338-339.

Digitized by Google

el art. 65 de esta forma: "Los crímenes, los delitos y las contravenciones no son punibles cuando han sido cometidas en estado de necesidad."

CAPITULO V

EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Dice el Código penal español en el art. 8.°: "No delinquen, y, por consiguiente, están exentos de responsabilidad criminal: 7.° El que, para evitar un mal, ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

"Primera. Realidad del mal que se trata de evitar.

"Segunda. Que sea mayor que el causado para evitarlo.

"Tercera. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo."

Según el señor Groizard (1), este artículo es perfectamente inútil, y nuestros legisladores han "perdido el tiempo consignando doctrinas que no necesitaban ser especialmente declaradas, porque estaban virtualmente contenidas en los principios generales en que calcaban su obra".

¿Cuáles son estos principios para el señor Groizard? Los casos contenidos en dicho núm. 7 "no pueden ser calificados de *acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley,* y, por tanto, no son delitos ni faltas y sus autores hubieran estado libres de responsabilidad aun cuando la ley expresamente no lo hubiera hecho".

Como se ve, no es muy afortunado el comentario. El comentarista lo ve todo clarísimo y fácil; para él no hay problemas; con afirmar que todos los casos de necesidad comprendidos en este número caen fuera del artículo 1.° (párrafo primero) está resuelto todo.

Pero es absolutamente inexacto que tales hechos no consti-

(1) *El Código penal de 1870 concordado y comentado,* tomo I, páginas 238 a 244.

Digitized by Google

tuyan acciones u omisiones *voluntarias penadas por la ley*. Justamente los daños a que se refiere el núm. 7 con todo detalle se encuentran comprendidos en la parte especial —título XIII, "De los delitos contra la propiedad"— y, por tanto, son acciones u omisiones penadas por la ley; por otra parte, la voluntariedad en la mayor parte de los casos de conflictos entre bienes materiales es indudable; como se puede ver, por lo expuesto en la doctrina del estado de necesidad, la ausencia de la voluntariedad es la excepción. En resumen: los casos a que se refiere el artículo que examinamos son acciones u omisiones voluntarias (intencionales) penadas por la ley, y por tanto no es un precepto inútil, como dice el señor Groizard.

En cuanto a las tres condiciones exigidas, veamos qué alcance tienen:

a) *Realidad del mal que se trata de vitar.*

No es la palabra más adecuada la de *realidad* del mal, siendo más exacta y científica *inminencia* del mal. El señor Groizard nada dice en concreto sobre este primer requisito, y menos aún dice el señor Bernaldo de Quirós (en la *Teoría del Código penal*, IV, págs. 359-362), quien se limita a copiar parte de un artículo publicado por el señor Oliver en la *Revista de los Tribunales*, sobre "El hambre, eximente" (en el que por cierto sienta su autor una doctrina acertadísima, que desgraciadamente no ha tenido acogida en nuestro *eximio* Tribunal Supremo), terminando con algunas frases puramente literarias.

El señor Viada (1) establece una doctrina en la interpretación del precepto que nos ocupa que, si no es muy extensa, es, por lo menos, clara y exacta, lo mismo al interpretar este primer requisito como en los dos restantes. "Es menester —dice el señor Viada— que exista el incendio, que haya estallado efectivamente una tempestad, y amague *próximo e inminente* el peligro de la propagación."

El padre Montes opina que este requisito es totalmente superfluo (2).

b) *Que sea mayor que el causado para evitarlo.*

---

(1) En la cuarta edición de sus comentarios (1890), tomo I, pág. 166.

(2) Op. cit., tomo I, pág. 457.

Digitized by Google

El señor Viada dice: "Esta circunstancia dará lugar a dudas, que deberían resolver los Tribunales con su prudente criterio, teniendo en cuenta que la presunción está a favor de la inculpabilidad, pues en tales casos de alarma y peligro, no siempre se tiene toda la lucidez de espíritu necesaria para calcular cuál de uno u otro de los males es mayor.",

La doctrina científica, en general, admite la necesidad conforme quedó expuesto, aun en el caso de tratarse de bienes iguales, es decir, que el mal causado sea igual al evitado.

c) *Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.*

Es preciso hacer, como dice el señor Viada, "igual observación que con respecto al párrafo anterior; esta necesidad, que podemos llamar *absoluta,* exigida por la ley, la apreciarán también los jueces, haciéndose cargo de cuán difícil es en tan apurados trances obrar siempre con todo el acierto apetecible".

El señor Groizard dice que es suficiente con que el medio empleado "sea natural, oportuno, adecuado, prudente, *beneficioso,* bueno".

Desde luego, todas estas palabras no precisan tanto la doctrina como las de "único medio", interpretadas con buen sentido. Además, alguna de ellas, como *beneficioso,* por ejemplo, es absolutamente contradictoria con la doctrina del estado de necesidad, donde no se trata de elegir el medio más *beneficioso,* bueno o... sino el menos malo, el menor *perjudicial;* ya que es forzoso un mal, procurar que sea lo menos posible. La doctrina del estado de necesidad ha pasado incomprendida para los intérpretes y comentaristas del Código penal (1). El señor B. de Quirós estudia con el título de "Daño necesario" el núm. 7 del artículo 8.°, y este estudio es parte del más amplio "Estado de necesidad" donde comprende: la legítima defensa, la *fuerza irresistible,* el daño necesario, y la omisión legítima e insupera-

(1) La doctrina del señor Silvela es de una evidente pobreza (Vid. *El Derecho penal...* Madrid, 1903, parte segunda, págs. 159-60). La doctrina del señor Pacheco a propósito del núm. 7 del art. 8.° del Código de 1848, que es el mismo transcrito al del 70 es, con algunas variantes, la seguida después por el señor Viada. (*El Código penal concordado y comentado*), Madrid, 1848, tomo I, págs. 173-176.

Digitized by Google

ble. Al comprender en el título "Estado de necesidad" la fuerza irresistible, confunde el señor B. de Quirós la necesidad absoluta con la necesidad relativa (1).

El padre Montes expone en pocas palabras el juicio que le merece el Código penal español en este punto, juicio que desde luego compartimos en la parte que está de acuerdo con lo expuesto por nosotros en el capítulo anterior. "El Código —dice el padre Montes— debía haber expresado el estado de necesidad en una fórmula más general y comprensiva, en que cupieran por lo menos los casos más frecuentes; pero en la fórmula adoptada no cabe la justificación de un daño personal para evitar otro de la misma naturaleza, pues sólo se refiere al daño en la propiedad ajena, ni están expresamente incluídos otros casos de necesidad, tan importantes en la legislación canónica y tan típicos en la doctrina jurídica como la apropiación de cosas ajenas para no morir de hambre (2)."

No estamos conformes con la última parte del párrafo que hemos copiado. El hurto famélico, como demuestra el señor Oliver (3), cabe perfectamente en el núm. 7 del art. 8.° Esto es clarísimo: el famélico, realiza un daño en la propiedad ajena (hurto de alimento o robo, pues puede incluso romper una vitrina) para evitar un *mal real* (su estado de desfallecimiento) *mayor* (la muerte por inanición puede ser inminente), y puede no tener el necesitado *otro medio practicable y menos perjudicial* para impedirlo.

El hurto famélico tiene, pues, un reconocimiento *pleno* y *expreso* en nuestro Código como no lo tienen en ninguno de Europa (4).

La culpa no es, pues, del Código, sino de sus intérpretes.

El art. 505 de nuestro Código contiene el siguiente caso de necesidad: "La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí

(1) Vid. el comienzo de este trabajo.

(2) Op. cit., pág. 458

(3) *Revista de los Tribunales* (octubre 1913).

(4) Von Liszt: En el primer tomo de "Legislación comparada" traducido al español por A. Posada. Al hablar del Código penal español dice que es el más progresivo en este punto.

Digitized by Google

mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio a la humanidad o a la justicia."

En cuanto a la jurisprudencia, solamente una sentencia encontramos en la obra del señor Viada. He aquí el caso. De un soto donde pastaban se escaparon un toro de lidia, una vaca y dos becerros de la propiedad del perjudicado, y habiendo penetrado en un corral del procesado, éste intentó expulsarlos de él arrojándoles piedras; pero bien porque no pudo conseguirlo, bien porque el toro le hiciese cara, disparó el procesado dos o tres tiros sobre las reses, matando a la vaca e hiriendo al toro. ¿Deberá declararse exento de responsabilidad criminal al autor del hecho por haber ejecutado el daño en propiedad ajena para evitar un mal mayor? (1).

La sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid falló que sólo cabía apreciar la atenuante de arrebato y obcecación; pero el Tribunal Supremo, muy acertado en esta ocasión, apreció la eximente del núm. 7 del art. 8.° (Sentencia de 3 de noviembre de 1875, publicada en la *Gaceta* de 30 del mismo mes).

ISAÍAS S. SÁNCHEZ TEJERINA.

BIBLIOGRAFIA

ADLER: *Unverschuldetes Unrecht*, 1910; en *Zeitschrift*, XXXI, 914.

ALIMENA: *Principii di Diritto penale*, tomo I, Nápoles, Pierro, 1910, págs. 584-606. (En la trad. esp. de C. Calón, tomo I, vol. II, Madrid, Suárez, 1916, págs. 173-200.)

AUER: *Der strafrechtliche. Notstand und das B. G. B.* (Trabajo premiado en Würzburgo, 1903.)

BAR: *Gesetz*, vol. III, págs. 220 y sigs.

BAUMGARTEN: *Notstand und Notwehr*, 1911.

BERNER: *De impunitate propter summam necessitatem proposita*, Berolini, 1801.

BOREL (W. L.): *Noodtoestand*, 1884.

BRASIELLO: *Lo stato di necessità in diritto romano e nel sistema legislativo vigente*, Nápoles, 1903.

BURI: *Notstand und Notwehr en Gerichtssaal*, XXX (1878), páginas 434-476; traducido al italiano: *Stato di necessità e legittima difesa*, en *Rivista penale*, vol. XIII (1881), págs. 440 y sigs.

CALKER: *Grenzgebiete Zwischen Notwehr und Notstand, en Zeitscrift für diegesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. XII.

(1) Viada, op. y loc. cits.

Digitized by Google

DOUCET (Robert): *La répression des délits causés par la misère,* en *Revue Politique et Parlamentaire,* vol. XXX (1900), págs. 88 y sigs.

EBNER: *Zeitschrift,* XXXIII, 59.

FABISCH: *Essai sur l'état de nécessité,* Lyon, 1903.

FINZI: *Y furti privilegiati,* Turín, 1903.

GERICKE: *Uberblick über die Lehre von der Notwehr und dem Notstande nach dem B. G. B.* (Tesis de Munster), 1909.

GEYER: *Zur Lehre von Nothstand,* en *Kritische Vierteljahrschrift,* vol. V (1863), págs. 63-83.

GILLICHEWSKI: *Ueber Nothstand und Nothrecht* (Diss de Greifswald), 1873.

GOB: *Bemerkungen zur Lehre von Nothstand* (Diss de Erlangen), 1878.

GOB: *Die Bechandlung des Notstandes und isbes die Verschuldung in Herbeiführung desselben,* en *Archiv des Strafrechts,* t. XXX.

GUILLONARD (Jean): *De l'état de nécessité et du délit nécessaire.* (Discours prononcé a la séance solenelle de rentrés des avocats stagiaires de Caen.) Caen, 1902.

HAMMACHER: *Der Charakter der Notstandhandlung von rechtsphilosophischen und legislativen Standpunkte,* tesis de Leipzig, 1907.

JANKA (Karl): *Der strafrechtliche Nothstand,* Erlangen, 1878.

KUHN: *Die Pflichtenkollision im Strafrecht,* tesis de Leipzig, 1908.

LEHMANN: *Ueber die zivilrechtlichen Wirkungen des Nothstandes,* en *Jahrbücher de Jhering,* XIII, págs. 215-250.

LEREBOURS-PIGEONNIERE (Paul): *Rapport de la premiére seance de la Société général des prisons sur le délit nécessaire,* en *Revue Pénitentiaire,* 1901, págs. 329 y sigs.

LEYRET (Henry): *Les jugements du Président Magnaud,* Paris, Stock, 1904, págs. 3 y sigs. 14 y sigs., 30 y sigs. *Les nouveaux jugements du Président Magnaud,* Paris, Schleicher 1904, pág. 60.

LUQUET (Louis): *Du délit nécessaire* (Tesis), Paris, 1902.

MAICHEL: *De Jure necessitatis,* Tubinga, 1742.

MANZINI (V.): *Trattato del furto e delle varie sue specie,* 1902-1905; *Trattato di Diritto penale italiano,* vol. II, Turín, Bocca, 1908, páginas 276-313.

MARCHAND (G. Félix): *De l'état de nécessité,* Paris, Rousseau, 1902.

MARQUARDSEN: *Die Lehre von Nothstande,* en *Archiv des Criminal-Rechts,* 1857, págs. 396-421.

MERKEL (Rudolf): *Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmissiger Handlungen,* 1895.

MICHAILOFF (Theodor): *Der Strafrechtliche Notstand.* (Inaugural-Dissertation der Staats aissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich), Zurich, Leemann, 1911.

MONTES (P. Jerónimo): *Derecho penal español,* Madrid, Samper, 1917, parte general, vol. I, pág. 458.

Digitized by Google

MORIAUD: *Délit nécessaire et l'état de nécessité*, Ginebra, Burkhardt, Paris, Larose y Forcel, 1889.

MÜNZ: *Die Voraussetzungen und Wirkungen der Notwehr, des Notstandes und der Nothilfe im B. G. B. und ihre Unterschiede*, 1903.

NETTEBLADT: *De necessitate ejusque effectum im jure*, Halae, 1752.

NEUBECKER: *Zwang und Notstand in rechtsvergleichender. Darstellung*, tomo I, 1910.

NITCHE (Joseph): *Der strafrechtliche Notstand nach Gründen und Ausdehnung*, 1901.

OERSTEDS *Ueber das Nothrecht als im einflussreiches Prinzip in der Strafrechtspflege*, en *Noues Archiv des Criminal-Rechts*, vol. V (1822), págs. 345-374 y 625-677.

OTKER: *En Vergleichende Darstellung*, parte general, II, 328; *Uber Notwehr und Nostand nach den 227, 228, 904, des B. G, B.*, 1903

PRAAG (J.): *Misdriff in nood gepleegd*, 1885.

SCHOTT (Ang L.): *De furto ex necessitate commisso*, Tubinga, 1772.

SCHÜTZE: *Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen*, Leipzig, 1869.

SERMET (Ernest): *L'état de nècessité en matière criminelle*, Paris, Rousseau, 1903.

SIMON: *De ablatione rei alienae in casu necessitatis*, Jenae, 1675.

SIMONSON: *Der "Mignonette" Fall in England* en *Zeitschrift fur die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. V (1885), págs. 367-388.

STAMMLER (Rudolf): *Darstellung des strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes*, Erlangen, Deichert, 1878,

STRUVEN (G. Ad.): *De facultate utendi rebus alterius in casu necessitatis*, 1764

STHYK: *De jure necessitatis, von Noth-Recht* (2.ª ed. Hallae Magdeburgicae, 1738; la primera ed. de 1712).

THUR: *Der Notstand im Zivilrecht*, 1888.

TITTEL: *De eo quod licet secundum legem naturae summa necessitate urgente*, Jenae, 1763.

TITZE: *Die Notstandsrechte im deutschen bürgerlichen Gestzbuch und ihre geschichtliche Entwicklung*, tesis de Berlín, 1897.

TOBLER: *Die Grenzgeliete zwischen Notstand und Notwehr* (Tesis de Zurich) Zurich, Leemann, 1894.

TURRÓ (R.): *Orígenes del conocimiento. El hambre*, Barcelona, Editorial Minerva, s. a. (1917).

UNGER (Fr. Jos.): *De jure necessitatis*, Wirceb, 1752.

VEEN (Van der): *De jure, quod dicitur supremae necessit*, Groningel, 1834.

VENEMA: *De casu extremae necessitatis.*

VIDAL (Georges): *Cours de Droit criminet et de sciencie pénitentiaire*, 5.ª ed., París, Rousseau, 1916, págs. 355-372; *Etat de nécessité. Lecture a l'Académie de Legislation de Toulouse, a propos du rapport de monsieur Roux et de la discusion a la Société général des prisons*, en *Recueil*

Digitized by Google

de l'Académie de Legislation de Toulouse, vol. XCIX (1900-1901), páginas 117 y sigs.

WALCH: *De furto fame dominante facto*, en *Opuscula*, Halae, 1793, tomo III, págs. 280-305.

WAGNER (P.): *Tractatus juris qua regula: necessitas non habet legem, explicatur*, Francfurti et Lipsiae, 1725.

WENCKEBACH: *Necessitas exlex*, Jenae, 1675.

WESSELEY (W.): *Die Befuguisse des Nothstandes und der Nothwehr*, Praga, 1862.

WILDVOGEL: *De furtis impropriis*, 1714.

WURZBURGER: *Das Recht des strafrechtlichen. Notstandes vor und nach dem Inkrefttreten des B. G. B.*, 1903.

ZELLER: *In welcher Art entschuldigt ein Nothfall*, en *Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit*, vol. I (1825), págs. 103-110.

Digitized by Google

EL DELITO DE CONTAGIO INTERSEXUAL Y NUTRICIO

POR

LUIS SIERRA BERMEJO

(*Continuación.*)

EDUCACION SEXUAL

"Es absurdo abandonar la educación sexual de los infantes a las gentes más impuras, a los malos criados, a los compañeros depravados, a los libros pornográficos."

AUGUSTO FOREL, *La cuestión sexual.*

III

La educación.—Hasta aquí hemos hablado de la profilaxis y de la represión social; es decir, precauciones sanitarias y médicas, de un lado; protección legal para los que han sido perjudicados y dañados, de otro. Pero no basta.

Se hace necesario, desde luego, manejar esa poderosa palanca de la vida, que es principal en el mecanismo de la complicada máquina humana: la *educación* (1). Bajo su influjo se

(1) La etimología de la palabra "educación" es bastante explícita; se llamaba en Roma "nutrix" y "educatrix" el ama de cría; se confundían los dos conceptos. Como que educar significa alimentar, cuidar, desenvolver, fomentar una raza.

Digitized by Google

moldea toda una existencia; se adquieren rasgos que después son tan inalterables como los mismos naturales. Bien empleada, por tanto, será un factor de innegable valor.

Los perros de Licurgo.—Casi podría decirse que todos los males que padece la sociedad son culpa de la escuela. Porque la escuela, templo de la educación, puede ser la policlínica mundial, si cumple su función: la escuela y el hogar, que se unen y complementan en esta obra sagrada de la educación de la especie.

Nada puede poner de relieve la influencia de la educación como esa anécdota de los perros de Licurgo:

"Rogaron una vez a Licurgo que pronunciara un discurso sobre las ventajas de la educación, con objeto de que el pueblo, arrastrado por su elocuencia, se dedicara a enseñar a sus hijos de acuerdo con la moral.

"Accedió el legislador a ello, mas pidió un año de plazo.

"—¿Para qué tanto tiempo?— se decían—. ¿No improvisa él en dos minutos arengas que conmueven a las masas?

"Sin embargo, se convino en concederle el plazo que deseaba.

"Pasado el año, se presentó Licurgo en la plaza pública, donde el pueblo le esperaba ansioso. Llegó, llevando dos perros y dos liebres, sin que ninguno comprendiera para qué podían servirle aquellos animalitos. De pronto Licurgo suelta una liebre y en seguida un perro; éste se lanza sobre la víctima, la alcanzó y la mató, devorando sus entrañas palpitantes. Luego dió libertad a la otra liebre y al segundo perro; mas no hizo éste lo que el primero, sino que se acercó a la liebre, la acarició y se puso a jugar con ella como si fuera su mejor amigo.

"Entonces Licurgo, volviéndose al pueblo, le habló así:

"—He aquí los efectos de la educación. Yo he pasado un año educando a este perro y enseñándole a que no haga daño a las liebres. El otro no ha sido educado; por eso no obedece sino a sus instintos brutales..."

Bien, hay que educar; ¿pero qué es lo que hay que educar?

Influencia de lo físico en lo psíquico.—Alma y cuerpo. Que, aun reconocida la superioridad de aquélla sobre éste en el com-

Digitized by Google

puesto humano (1), quizá no sea una sutileza sino una gran verdad el círculo vicioso que plantea la afirmación de Fonsegrive: "Es preciso ser dueños del cuerpo para llegar a ser dueños del espíritu (2)." Porque "somos tan miserables —dice la Virgen de Avila—, que participa esta encarceladita desta pobre alma de las miserias del cuerpo, y las mudanzas de los tiempos, y las vueltas de los humores muchas veces hacen que, sin culpa suya, no pueda hacer lo que quiere, sino que padezca de todas maneras..." (3).

Así, la experiencia de las comunidades americanas de Flecleter y Dewey demuestra hasta qué punto un régimen dietético de extrema sobriedad, de abstención sexual absoluta, unido a un sistema de baños cálidos, liberta al alma de las fatalidades orgánicas, al regenerar el cuerpo.

Y el novelista puede reflejar, en hiperbólica frase, esta influencia de lo físico en lo psíquico: "El aguilucho alimentado de pan empieza a echar plumas de paloma (4)."

El poder de la voluntad.—Mas, sobre todo, hay que contribuír a la formación de una fuerte, de una robusta voluntad. Que con esto todo lo demás se dará por añadidura, como en la frase evangélica; ya que la voluntad, por una serie indefinida de pequeños sacrificios y de pequeños, pero constantes esfuerzos, busca y prepara su perfección.

Porque contando con ella, ya el hombre puede estar seguro de poseerse a sí mismo: "Querer es poder", dice la sabiduría popular. Y lo confirma la Ciencia. Oigamos a Cajal: "El cerebro juvenil posee una elasticidad de adaptación considerable, merced a la cual puede, a impulsos de un *enérgico querer*, mejorar extraordinariamente su organización, creando asociaciones interideales nuevas, depurando el juicio y ampliando nota-

---

(1) Véase atrás, *Represión social.*

(2) Fonsegrive, *Essai*, pág. 562.

(3) *Vida de la Santa Madre Teresa de Jesús*, escrita por ella misma, edición de obras completas, Apostolado de la Prensa, Madrid, 1916, página 88.

(4) Pío Baroja, *La sensualidad pervertida*. Madrid, Caro Raggio, 1920, pág. 380.

Digitized by Google

blemente la capacidad retentiva y, por tanto, el registro y ordenamiento de las representaciones (1)."

De nosotros depende seguir la enérgica expresión de San Agustín, el "bañarnos en la atmósfera del cielo", o de "encenagarnos en la carne y en la sangre".

Somos los dueños y cultivadores del huerto de nuestra alma. Y como hortelanos de nuestro espíritu, no podemos olvidar que "de la calidad del grano que arrojemos en el surco de nuestra alma depende la mies de honor o de infamia que recogeremos" (2).

Claro está que nuestra voluntad está amenazada siempre: las inclinaciones, las emociones, las pasiones, los vicios... son otros tantos enemigos suyos, que como marea creciente suben a la conciencia y ahogan la voluntad. Pero siempre hay que confiar en el supremo esfuerzo heroico de la voluntad que, en un momento dado, rompe el cerco y se liberta. ¿No son todos esos enemigos hijos de la voluntad? ¿Cómo han de poder más que ella?...

Educación sexual.—Volvemos al punto de partida. La educación es la más poderosa palanca de la vida, el más poderoso impulso para seguir el camino del bien y del deber. Pero todo esto siempre que la educación no sea una palabra más, sin contenido alguno.

Pues bien: por estimar en tanto la influencia y el poder de una buena educación, entendemos que uno de los medios para la solución del arduo problema social que plantean las contaminaciones venéreas ha de ser la de dar a todos una educación sexual completa.

Examinemos, pues, esta cuestión, la tercera de nuestra tesis.

Lo único que se prohibe es la verdad.—Decía Federico Nietzsche: "Lo único que se prohibe es la verdad." Por desgracia, la afirmación es certísima.

Y es vergonzoso que siga imperando en muchos aspectos de

(1) Ramón y Cajal, *Reglas y consejos de investigación biológica*, 3.ª edición. Madrid, 1913, págs. 48 y 49.

(2) P. Janvier, *Les passions*, pág. 112.

Digitized by Google

nuestra educación, tanto doméstica como pública, un arcaísmo inspirado exclusivamente en el odio a la verdad. Un ejemplo:

En una familia, la madre ha dado a luz un nuevo hijo. El padre da la noticia a los otros, que son todavía pequeñitos, diciéndoles: "Mamá ha comprado un hermanito." Pero el mayor, movido por ese instinto de curiosidad que tienen los niños, pregunta: "Papá, ¿en dónde lo ha comprado?" Y este papá, por conservar la inocencia de su hijo, le responde que en París, en Londres...

La eficacia de este procedimiento, seguido para conservar la inocencia de los niños, es inadmisible. Ni para conseguir ese fin ni ningún otro debe mentírseles a los niños. Es preferible, aunque también es malo, el silencio a la mentira.

La ignorancia y el mal.—La ignorancia nunca es buena, siempre es temible. Así, hay toda una doctrina, repetida a través de los siglos, queriendo ver en todo mal una ignorancia.

Ya Sócrates pensaba que todas las virtudes son ciencias y decía que "conocer el bien es amarle". Por esto mismo, Licurgo se cuida, ante todo, de la educación de la juventud. Y Marco Aurelio sabe decir que "si algunos obran el mal, es sin intención, por ignorancia".

Después continúan la doctrina los discípulos de Calvino, con su máxima: *Omnis peccans est ignorans* ("todo pecado es un error"), y Guizot y Víctor Hugo, con su consejo: "Cada escuela que se abre es una cárcel que se cierra"; y Descartes, con su reflexión: "Basta juzgar bien para hacer bien."

Necesidad de la educación sexual.—Sin embargo, nada se tiene en cuenta. Especialmente en ciertos puntos de la educación, se engaña al joven de un modo infame.

Y como precisamente es tan sólo por unos prejuicios absurdos y por una moral hipócrita por lo que se le niegan ciertas enseñanzas que le serían muy útiles para la vida, hay que poner con serenidad, frente a todas esas corrientes, una afirmación: no se puede negar a los jóvenes la debida educación sexual.

Lo que debe saber el joven.—Cierto que no puede olvidarse las prudentes y sabias palabras de Laurentie: "La perfección de la educación está en la unión de la Ciencia y de la Virtud."

Digitized by Google

Pero no se equivoque virtud con velo que tape cuanto no debe ocultarse, ni se crea que el más virtuoso es el más ignorante. "La virtud basada en el conocimiento científico vale más que la inocencia basada en la ignorancia", dice Sylvanus Stall (1). Y en efecto: muchos jóvenes sucumben al vicio porque ignoran sus posibles consecuencias.

Mientras que el niño sea niño conviene que ignore los misterios del amor; "pero cuando sea adolescente y no pueda menos de conocerlos, conviene que sean los padres sus instructores" (2). Porque, como asegura Willian Sanders, la iniciación en estas cosas la deben los jóvenes a los animales domésticos o a los criados; y siendo esto una gran verdad, debemos ir nosotros a la montaña y no esperar que la montaña venga a nosotros.

Dos ejemplos.—La dificultad de estas explicaciones no es tan grande como parece a primera vista. No es preciso ingenio; con un poco de sencillez y de tacto se llevarán a cabo fácilmente.

He aquí un ejemplo, que puede servir de modelo:

"La señora Schmid cuenta de esta manera cómo dió la primera educación de este género a sus hijos:

"Mi hijo, de ocho años de edad, y sus dos hermanas, disputaban acaloradamente acerca del gallinero. Las niñas encontraban que el gallo era perfectamente inútil, puesto que no daba huevos, mientras que su hermano defendía al gallo y sostenía que también servía para algo, aunque no sabía bien para qué. La cuestión fué sometida a mi alto tribunal, y mi hijo triunfó cuando le expliqué que sin el gallo que da la semilla a las gallinas éstas ponen huevos, pero esos huevos no pueden nunca desarrollarse, y que sin papá gallo no habría nunca polluelos.

(1) Sylvanus Stall, *Le que tout jeune homme devrait-savoir*, 2.ª edición, traducción francesa.

(2) Andrés Manjón, *Hojas coeducadoras del Ave-María*, núm. 52. Granada, 1906.—Cf. J. Fonsegrive, *Consejos a los padres y a los maestros sobre la educación de la pureza*, traducción española de E. Reig., 1907.—P. Ruiz Amado, *La educación moral*, 1.ª edición, cap. V.—El mismo, *La educación de la castidad*, 2.ª edición.—Silvanus Stall, *Lo que debe saber el niño*, traducción española de Severino Aznar. Madrid, 1907.

Digitized by Google

Inmediatamente, con esta lógica infantil, sencilla y pura, mi hijo preguntó: "¿No es verdad, mamá, que entre nosotros no ha"bría tampoco niños si no hubiese papá?" Confirmé la observación, y los niños volvieron satisfechos a entregarse a sus juegos de costumbre (1)."

Otro ejemplo interesantísimo se encuentra en el *Emilio* de Rousseau:

"Permítanme referir —dice— una respuesta muy distinta que oí dar a la misma pregunta, y que me chocó más porque salió de boca de una mujer tan modesta en sus razones como en sus modales, pero que cuando era necesario sabía hollar a sus plantas, en beneficio de su hijo y en obsequio de la virtud, el infundado temor del qué dirán... "Mamá —le dijo el hijo—, ¿de "dónde nacen los niños?." "Hijo mío, los niños son parte de las entrañas de su madre; son lo más íntimo e interno de su madre; por eso los queremos tanto, y vienen al mundo cuando Dios quiere." Es lo más que puede y debe contestarse y si su madre tiene sentido común distrae la atención del niño hacia otra cosa que le agrade, y ha salido del paso."

Consecuencia del viejo criterio.—Es de suponer que esta contestación, como la anterior, no ha de escandalizar a las gentes. Y si se escandalizan, ¡allá ellas con sus rutinas!

Porque el escándalo está precisamente en no atreverse a confesar al hijo, desde que es pequeño, que su madre le ha llevado en sus entrañas, que la sangre que corre por sus venas es la de sus padres, que a ellos debe la vida y no al bazar de Londres o de París... Pues qué, ¿no les amarían y respetarían más y más pronto al conocer cuánto les deben?

En conclusión, ¿quién no estará conforme en suprimir ese ambiente de convencionalismo y de mentira en que el niño es educado? Porque obsérvese la grave consecuencia a que se llega de adoptar aquel criterio: al andar el joven en el mundo, por cuenta propia, ha de ver cosas distintas a las aprendidas, y parangonando las nuevas verdades que se le sugieren con las que le inculcaron en el seno de la familia, acaba por creer punibles

(1) Augusto Forel, *La cuestión sexual*, trad. esp. Madrid, Bailly-Baillière, 1902, págs. 526 y 527.

Digitized by Google

aquéllas, puesto que en justo razonamiento de no ser así no se le hubieran ocultado.

Una inhabilidad y un absurdo.—"Consideramos inhábil —dice Nicolay— el procedimiento consistente en educar a los chicos en una ignorancia... artificial. La moral consiste más en enseñarnos a combatir el mal que en perseguir la quimérica esperanza de que crezca el niño en una inocencia ideal... Para esto sería preciso suponerle *sordo, ciego* y algo *idiota* a la vez (1)."

Y es que debe tenerse presente que cuando el niño se hace adolescente, cuando su desarrollo le pregunta, cuando el colegio el taller o la calle han de enseñarle lo que ignoraba, antes que un malvado o un escandaloso, que sea el padre quien le abra los ojos, no para que pierda la inocencia sino para que no desaparezca ésta con la ignorancia.

Lo mismo afirma Forel: "Es absurdo abandonar la educación sexual de los infantes a las gentes más impuras —a los malos criados, a los compañeros depravados, a los libros pornográficos (2)."

La escuela y la educación sexual.—La escuela, además del hogar, debe hacer también algo en este respecto, de modo análogo a lo que ha realizado en otros problemas. Así, en los últimos tiempos, se han colocado en los muros de las clases carteles denunciando los peligros del alcohol, del tabaco; recomendando la limpieza y la abstención de escupir en el suelo, como medio para evitar la propagación de la tuberculosis.

¿Por qué, pues, no seguir conducta semejante en orden a la educación sexual? (3).

---

(1) Fernando Nicolay, *Los niños mal educados* (estudio psicológico, anedóctico y práctico), trad. esp. de García Llansó, 5.ª edición, Barcelona, págs. 101 y sigs.

(2) Forel, *La cuestión sexual,* ed. citada.

(3) Véase, págs. 37-50, *La moral del joven,* del doctor Surbled, médico del hospital "Anne-Marie", trad. esp. de Blanc y Benet. Barcelona.—Gurlitt, en *La educación natural,* ed. cit., pág. 228, propone: "Creemos que sería muy útil entregar a cada alumno que abandonara la escuela un folleto explicativo de los síntomas y consecuencias de las enfermedades sexuales y del modo de prevenirse contra ellas. Estudiando detenidamente se encontrarán mil maneras de combatir esos enemigos temibles de nuestra raza."

Digitized by Google

Carácter de la educación sexual.—No es que pretendamos que se dé a los niños en cualquier edad y circunstancias esta clase de enseñanza. No. Queremos, simplemente, que tocante a este como en todos los demás asuntos no se engañe la razón del niño con falsas afirmaciones y que, cuando llegue la ocasión oportuna, es decir, al estudiar en la naturaleza las funciones reproductoras, no se tenga inconveniente en abordarlas de frente. Hay que enseñar decididamente —como dice Willian Sanders— las funciones de la reproducción con todas sus bellezas y con todos sus misterios, pero también con toda esa serenidad y esa alteza de miras que es patrimonio de la ciencia (1).

Acostumbrando al joven a mirar naturalmente las cosas naturales, se evitarían en primer término ciertos espectáculos vergonzosos. El espectáculo innoble, por ejemplo, de que alguien se burle de la figura un tanto grotesta, pero santa y ennoblecida, de una mujer embarazada, al saber que amor es ansia de maternidad. El espectáculo repugnante de los muchachos que apedrean bárbaramente a dos perros que quieren reproducirse y de los hombres huecos y estúpidos que sonríen ante la hazaña, al saber que, como seres irracionales, se han de entregar los animales a las funciones que la imperiosa naturaleza les reclama, que el Hacedor les ordenó al tiempo de hacerlos y que les permite la diferencia de sexo (2).

Después vendrían enseñanzas de otra índole. Enseñanzas higiénicas, que recibirían también naturalmente y que serían un

(1) Interesantísimo es el problema que R. López de Haro plantea con singular maestría en *Floración,* Sopena, págs. 210 y sigts.: "¿No valía la pena de que la educación llegara a prepararlas (a las mujeres) para el noble ministerio de la maternidad? ¿No era veneranda la maternidad? ¿Por qué amordazar los instintos? ¿Por qué enseñarlas a repugnar y temer lo que ha de elevarlas al sacrosanto rango de madres, de creadoras?".

(2) Pío Baroja, *La sensualidad pervertida.* Madrid, Caro-Raggio, 1920, pág. 155: "Esta señora tenía mucha confianza en mí, y en nuestras largas conversaciones me hacía extrañas confidencias: me confesaba que de niña había estado mirando en el diccionario el significado de todas las palabras eróticas o sospechosas de erotismo, suponiendo muchas veces intenciones lúbricas allí donde no existían. Coincidíamos los dos en que sería mucho mejor enseñar fisiología en la pubertad."

Digitized by Google

medio de evitar males futuros: la *masturbación*, por ejemplo, llamada onanismo o más perfectamente "vicio solitario", a la que suelen entregarse los jóvenes, desconociendo sus terribles efectos (1). Enseñanzas médicas elementales, que les instruyesen en los peligros que lleva consigo el comercio carnal y en los medios de evitarlos (2), así como también en el carácter y en la gravedad de las afecciones venéreas (3). En fin, enseñanzas de carácter médicosocial, que les impusiesen en la cuestión de la herencia, porque, como dice el conocido economista austriaco Anton von Menger, "los niños y las niñas deben aprender que la producción de los hijos es un verdadero crimen cuando los padres son sifilíticos o aptos para la transmisión de las enfermedades crónicas"; que educasen al hombre en la necesidad de someterse a los imperativos de sus deberes para con la sociedad y con la especie.

Métodos complementarios.—Luego puede ser ayuda poderosa para propagar las enseñanzas sobre higiene sexual el sistema de dar a cada paciente sifilitico, en las clínicas destinadas a la curación de las enfermedades venéreas, cartillas instructivas que puedan servirle de guía en materia de higiene genital. Y, sobre todo, advertirlos de los peligros que encierra para ellos el matrimonio antes de un cierto período de tiempo; de que el sifilítico y el blenorrágico necesitarán siempre el *placet* de su médico para contraer matrimonio y sujetarse a las prescripcio-

(1) Cf. Surbled, *La moral del joven*, ed. cit., págs. 168-172.—Monlau, *Higiene del matrimonio*. Madrid, 1853, págs. 502 y sigs.

(2) Sáinz de Aja, *Sífilis, blenorragia y matrimonio*, ed. cit., páginas 27 y 28 (sífilis), y 156 y 157 (blenorragia), muestra la necesidad de "propalar a los cuatro vientos lo que valen las curas profilácticas, así de la sífilis como de la blenorragia, capaces de evitar casi todas las sífilis de comienzo genital, que son la mayoría, y que se reducen a un acto de higiene individual, de limpieza".

(3) Sáinz de Aja, ob. cit., págs. 120 y 121: "Precisa la educación popular en el conocimiento de que la blenorragia tiene dos formas de curarse: la aparente y la verdadera. Aparentemente se cura pronto: en cuanto cesan pus, dolor y molestias locales; pero esto no significa más que el paso de la fase aguda al estado larvado. Pero, los que al llegar a esta fase abandonan el tratamiento, ingresan *ipso facto* en la legión de futuros gonocócicos crónicos, que se curarán o no se curarán."

Digitized by Google

nes facultativas rigurosamente; de que lo mismo han de hacer los cónyuges cuando la sífilis aparezca dentro del matrimonio (1).

La castidad del alma y del cuerpo.—Pero, entiéndase bien, proponemos educación sexual suficiente y nada más. Porque traer a cuento en cada instante la instrucción acerca de este objeto sería inútil y perjudicial.

Todo lo contrario; debe apartarse, en lo que sea posible, la atención de los jóvenes de estos asuntos, interesándola en otra multitud de distracciones. Hay que consagrar el mayor tiempo a los *sports*: al *foot-baal,* al polo, al *tennis,* a la pelota, al *croquet,* a la barra...; especialmente a todos los recreos a pleno aire, en general. Hay que elegir los alimentos: sanos y copiosos, pero sencillos. Hay que prohibir las bebidas, aconsejar baños frecuentes, etc., etc.

Mas cuídese también la pureza del espíritu y de la imaginación. Sepárense de sus manos las lecturas sencillamente pornográficas; acostúmbreselos a ser puros en las conversaciones... En una palabra: que sepan comprender todo el valor de aquel sabio aforismo de la antigüedad: *Mens sana in corpore sano* (2).

EL MOVIMIENTO DE LOS PUEBLOS CULTOS EN ESTE SENTIDO

Expuesto brevemente el problema de la educación sexual en la doctrina, resta examinar y poner de relieve la medida en que el ideal se está realizando en los pueblos cultos.

---

(1) Sáinz de Aja, *Sífilis, blenorragia y matrimonio,* ed. cit., capítulo III, "El permiso de boda", págs. 43-55; capítulo IV, "La sífilis en el matrimonio, págs. 57-61; capítulos XIV y XV, "El permiso de boda", págs. 67-185; capítulo XVI, "La blenorragia en el matrimonio", págs. 187-194.

(2) A esta doble manifestación en que puede ser examinada la castidad —*castidad exterior, castidad interior*— dedica unas páginas interesantes el doctor Surbled, en *La moral del joven,* ed cit., págs. 130-133. Muy interesantes también las observaciones consignadas en el capítulo X, "Para conservar la castidad", págs. 135-154.

Digitized by Google

Países anglosajones.

En Inglaterra y en los Estados Unidos se ha hecho aún muy poco en este sentido.

Sin embargo, en Norteamérica se observa ya una corriente de opinión, cada vez más pronunciada, en favor del sistema educativo. Así, en 1905 se funda en Nueva-York la "Sociedad americana de profilaxis sanitaria y moral", y en Chicago y Filadelfia se establecieron otras Sociedades muy parecidas, cuyo objeto principal consiste en estudiar la enfermedades venéreas y trabajar para que el público aprenda a dominarlas, de las que son socios hombres y mujeres de todas las clases sociales: doctores, abogados...

Francia.

En Francia se trabaja mucho para conseguir la instrucción de la juventud en materia de higiene social, aun cuando a ello se oponen los prejuicios de la clase media.

La "Commisión extraparlementaire du regime des mœurs" ordenó el establecimiento de unas clases oficiales de instrucción en lo relativo a higiene sexual; dispuso que tuviesen lugar en los cursos superiores de los Liceos o en las clases elementales de las Universidades, y dió a entender que el propósito de dicha educación no se concretaría a llevar a la juventud los conocimientos necesarios, sino también a infiltrar en ella un sentido de responsabilidad moral (1).

Como Max Flesch en Alemania, aquí Duclaux aboga por que se enseñen y expliquen a la mujer los hechos todos de la vida.

Y la literatura ha recogido y ha estudiado el problema. Tanto los peligros de la sífilis como la posición social de la prostitución, han sido tratados por distinguidos novelistas y autores dramáticos. Inicia el movimiento Huysmans, con su novela

(1) En los proyectos sobre profilaxis presentados a la "Comisión" figura la exigencia de la instrucción. Así, dice el de Bulot: "3.° Enseñanza especial de las enfermedades venéreas a los jóvenes"; y el de Auganeur: "3.° Vulgarización de los peligros de las enfermedades venéreas en la población." Véase atrás. *Profilaxis social.*

Digitized by Google

Marthe, que fué recogida inmediatamente por orden gubernativa; poco después, Edmon de Goncourt publicó *La fille Elise,* en donde se exponen los males que resultan de la actitud que frente a la prostitución adopta la sociedad en general, y Víctor Margueritte, en su obra *Prostituée,* publicada en 1907, muestra la condición de la prostituta sujeta al odioso e inicuo sistema de policía.

Una de las más notables obras, a este respecto, en los últimos tiempos, es *Les Avariés,* de M. Brieux (1). Dedica su producción a Fournier, el gran sifiliógrafo francés, y le dice: "Opino, como usted, que disminuirán mucho los peligros que acompañan ahora a la sífilis cuando sea posible hablar abiertamente de un mal que ni es una deshonra, ni un castigo, y cuando las personas que lo padezcan, comprendiendo el daño inconmensurable que hacen propagando su enfermedad, aprendan lo que se deben a sí mismos y a la humanidad en general." La tesis que M. Brieux trata de demostrar es la de que los padres tienen la obligación de averiguar el estado de salud del futuro yerno antes de entregarle su hija.

El mismo problema ha sido tratado por un ilustrado autor, médico además, que firma con el pseudónimo de "Espy de Metz", en su obra *Plus fort que le mal,* pidiendo al mundo una actitud más humanitaria para los que sufren de sífilis.

---

(1) El asunto es este: "Un joven ha pasado su vida de soltero en forma bastante honesta, según él; no ha tenido más que dos queridas y ninguna de ellas prostitutas; pero, al fin, en una cena algo alegre, celebrada para despedirse de su estado de soltero, comete una indiscreción fatal y queda inoculado de sífilis; la fecha del matrimonio está muy cerca y el joven se apresura a consultar con un distinguido especialista, el cual le advierte que el tratamiento a que debe someterse es de larga duración y que el matrimonio le estará vedado en varios años. El joven encuentra, sin embargo, un charlatán que se compromete a curarle en seis meses, transcurridos los cuales se casa, naciendo de su matrimonio un niño sifilítico. Enterada la mujer de lo ocurrido abandona a su marido y se refugia en casa de sus padres; el padre, un diputado a Cortes, llega a París presa de la mayor indignación. Pero, al fin, se deciden todos a ver al famoso especialista, quien consigue introducir un poco de paz y de tranquilidad en la perturbada familia."

Digitized by Google

Austria.

Ha seguido Austria, en este asunto, la conducta de Alemania, organizando conferencias de higiene personal y acerca de los peligros de las enfermedades venéreas para los estudiantes que salen de los gimnasios y van a ingresar en las universidades.

Países escandinavos.

Estos países, que representan el máximo avance legislativo en la lucha contra las enfermedades venéreas, como ya queda consignado, no podían desconocer que la educación sexual, la instrucción acerca de lo que son y representan aquellos morbos, era obra de profilaxis personal, necesaria como base de una eficaz higiene pública.

La ley danesa de 1916, en su artículo 7.° especialmente, encomienda al médico esa labor divulgadora imprescindible. La misma obligación impone al facultativo la ley sueca de 1919, en su artículo 8.° ordenando la entrega al enfermo de impresos redactados por la Dirección general de los Servicios médicos, que contendrán las instrucciones necesarias sobre tratamiento de la enfermedad, precauciones preventivas y la ilicitud de cualquier acto de propagación del virus.

Mas comprendiendo que el círculo a que deben llegar tales enseñanzas ha de extenderse a los no atacados aún, el artículo 27 de la ley sueca mencionada prescribe la organización de una Comisión de médicos y pedagogos, encargada de difundir en el público los conocimientos de esta clase. Y en efecto, como ha desaparecido el dictado de enfermedades secretas, el Estado sueco ha procurado divulgar entre todas las clases sociales el conocimiento de la naturaleza y contagiosidad de las enfermedades venéreas, de los medios que pueden ser empleados para prevenir la transmisión del virus, de los múltiples modos de su mecanismo de contagio y de la obligación que incumbe a cualquiera atacado por una de estas enfermedades de recurrir prontamente a los cuidados del médico, buscando para esta difusión de profilaxis personal la colaboración de los militares, pedagogos y médicos, y creando múltiples Comisiones con este objeto.

Digitized by Google

ALEMANIA.

Alemania es, con los escandinavos, el país que más ha avanzado en este camino.

El plan seguido, en general, consiste principalmente en organizar una serie de conferencias en que se tratan y explican los hechos esenciales que a las enfermedades venéreas se refieren, sus peligros y todo cuanto directa o indirectamente a ellas concierne. Y el sistema va arraigando cada vez más en la práctica.

"Digna de recordarse —dice Murua—, por la influencia favorable que puede ejercer sobre el pueblo, es una instalación que había en las célebres ferias (*Messen*) de Leipzig, de figuras anatómicas de cera, donde se hallaban representadas las enfermedades de la piel, con toda su visualidad horripilante. Al mismo objeto tienden las numerosas conferencias públicas en que se precave a las masas populares, sobre todo a la juventud, de los peligros de este orden que la cercan, sistema preferible a la santa ignorancia en que respecto al particular se la tiene en España, donde hemos abandonado al silencio, al secreto y a la rechifla el cuidado de preservarla de tan serios peligros (1)."

En 1907, el Ministro de Instrucción pública organizó una serie de conferencias, a cargo de afamados doctores, sobre higiene sexual y las afecciones venéreas, en los colegios superiores e institutos educativos, pero sin que fuese obligatorio asistir a ellas.

A otro medio educativo alude también Murua. "En las universidades alemanas —afirma— se reparten con las matrículas unos prospectos, en los que los profesores de la Facultad de Medicina dan a los jóvenes escolares consejos preciosos, encaminados a precaver los males que los acechan bajo la forma de atractivas sirenas." "Nada más justo —agrega el profesor de Barcelona— que Minerva actúe de Mentor de los jóvenes incautos que acuden a recibir sus luces; sólo así se cumple el precioso simbolismo que, bajo la forma de pintura mural, decora el

(1) Agustín Murua Valerdi, *Tres años en Alemania* (memorias de un pensionado), 2.ª edición. Barcelona, pág. 145.

Digitized by Google

vestíbulo de la Universidad de Jena: un joven desnudo acude reverente a encender su antorcha en la semiconsumida que empuña la trágica mano de un hombre de edad madura... (1)."

Y si por un lado el profesor Neisser, de Breslau, en un bien pensado trabajo, preconiza "que todos los que por algún título vienen encargados de la instrucción o de la educación de la juventud demuestren los peligros de las relaciones sexuales fuera del matrimonio", por otro, Mas Flesch opina "que, al terminar su vida de colegialas, todas las niñas debieran recibir la instrucción debida acerca de los graves peligros físicos y sociales a que está expuesta la mujer en la vida".

España.

Educación sexual en España... Sería demasiado, cuando ni siquiera puede hablarse dignamente de educación tan sólo.

Este problema, que es de los que no tienen ambiente, de los que parece que nunca hay tiempo para tratar, es, sin embargo, de los que más urgen, de los que más apremian, de los de más oportunidad. Porque lo vergonzoso es este ir a remolque de las demás naciones en todos los órdenes. Francia, Inglaterra, los Estados Unidos, sacudidos por la Gran Tragedia, se ocupan de la educación y de rehacerla. Nosotros, que tuvimos la Paz amarrada a nuestras costas, nos encontramos, en cambio, con un retraso extraordinario respecto a los demás países, que nos llevan una ventaja enorme en esta materia.

No se puede negar que hay en España crecimiento de riqueza y cierto renacimiento científico. Pero al lado de esto, que es tan poco, ¿no vemos que la mitad de los campos están yermos? ¿No vemos más de cuatro mil pueblos sin vías de comunicación? Sobre todo, ¿no vemos con tristeza más de *treinta mil* poblados sin escuela? Pues si esto no nos mueve a obrar siendo el manantial y la fuente de toda la raza, es que no tenemos la cualidad de conscientes. Y no merecemos excusa ni perdón si no planteamos inmediatamente el problema de la educación, que nos acucia a diario y que hay que resolver sin tardanza.

(2) Murua, *Tres años en Alemania*, ed. cit., págs. 145 y 146.

Digitized by Google

Educación en España... Nada. ¡Si hasta la Universidad española, la de más gloriosa tradición, aparece hoy como cuerpo sin alma! Educación universitaria, siquiera... Nada. "Las universidades españolas —ha escrito Unamuno— carecen de todo valor educativo."

Y así se explica que cuestiones que en otros países ya se han resuelto, aquí ni siquiera son problemas planteados, problemas que palpiten, problemas que atraigan la atención. Duerme la vitalidad, el talento de nuestra raza en la cuna de su indolencia proverbial... Y vamos arrastrando la cadena de la vida sin gloria.

La educación sexual en España es como una utopía, como una quimera. Mientras que en otros pueblos ya es algo que parece imprescindible, porque fomentar y defender la vida misma se considera como el primer problema nacional, aquí, en cambio, abandonamos al silencio, cuando no a la rechifla, el cuidado de mostrar a la juventud su senda.

Y esto no puede continuar. Contra tal proceder formula su protesta tácita Agustín Murua Valerdi, en unos breves renglones de su obra *Tres años en Alemania;* su censura enérgica, mostrando la causa del mal, un profesional, el afamado médico del hospital de San Juan de Dios, Sáinz de Aja: "La carencia de educación existente en España sobre estos menesteres es debida fundamentalmente a la falta de libros que, con aspecto médicosocial de divulgación, ilustren a la gran masa de nuestro pueblo; no solo faltan obras españolas, sino que han quedado sin traducir producciones soberbias, que tanto bien hubiesen hecho... (1)."

No faltan, claro está, algunos atrevimientos. Pero son solo voces esporádicas que nadie recoge; suenan un día y se pierden en el seno del olvido...

El doctor Fargas, catedrático de Medicina en la Facultad de Barcelona, creyó del caso vulgarizar las graves consecuencias de la blenorragia y a ello consagró una interesante conferencia, pronunciada en la sesión inaugural del curso de 1906-1907 de la "Sección de Medicina" de la *Federación escolar ca-*

(1) *Sífilis, blenorragia y matrimonio,* ed. cit., pág. 2.

Digitized by Google

talana. Un resumen de la misma fué publicado por el periódico escolar *Jove Catalunya*, de 20 de febrero de 1907.

Digna también de consideración especial y de fervorosos elogios es la monografía de Enrique A. Sáinz de Aja, *Sífilis, blenorragia y matrimonio*, escrita con algún propósito de educar, divulgar, de "instruír a los profanos", siquiera resplandezcan en ella enseñanzas de alto interés para los profesionales.

La tendencia divulgadora palpita en cada página de tan interesante libro, sin que el autor se recate de confesar la necesidad de llegar a una cultura médicosocial, en el campo de las afecciones venéreas, lo más amplia posible, si se quiere combatir sinceramente con eficacia esas plagas de la humanidad actual.

En este sentido, ¿no es preferible a un silencio cobarde, con el que se cree mantener una moral dudosa, la instrucción de los jóvenes en los medios de una profilaxis muy segura y muy positiva, instrucción dada con todas las seriedades científicas apetecibles? Véase, por ejemplo, las páginas 24 a 31 y 156 a 158, en la obra citada de Sáinz de Aja.

Como es necesario terminar con todas las mojigaterías y con todas las cobardías que flotan en nuestro ambiente para inculcar en el que va a casarse que "todos los compromisos de honor" de celebrar el matrimonio en un día determinado deben caer ante la prohibición médica. Porque el honor y la hombría de bien consisten en casarse sano, en no ir a cometer con toda seguridad el delito de enfermar a su casta esposa y de contaminar a los inocentes hijos nonnatos.

Pues bien, para conseguir todo esto es preciso dar a los jóvenes una educación sexual suficiente, con la que quedarían resueltos como por encanto multitud de problemas, entre los que hoy nos agitamos y debatimos continua e inútilmente. Una educación sexual que no será jamás aliciente del vicio, al quitar a éste la cola de sus terribles consecuencias, sino liberación de la humanidad, defensa de la humanidad contra las plagas que minan la vitalidad y desmedran la raza. Porque como atrás decimos (1), para que el hombre no se separe del camino que la

(1) Véase atrás, *Profilaxis social*.

Digitized by Google

virtud le traza, el temor de un sufrimiento en perspectiva es sólo grano de arena que la pasión no advierte; han de ser más poderosos y más enérgicos los motivos que le impulsen.

Aun sin esto, no puede olvidarse, en fin, que sífilis y blenorragia tienen una repercusión social indudable, puesta de manifiesto en la sobrada y probada influencia que ejercen en las cifras de natalidad y despoblación; que sífilis y blenorragia plantean, no sólo un grave problema sanitario individual, sino el gravísimo de los contagios de seres inocentes: mujer, hijos... Y ante la necesidad de su defensa, ¿quién opondrá ya reparo alguno?...

Conclusión

He aquí, agrupadas, las conclusiones a que llegamos al final de este trabajo:

Profilaxis.—1.° Proclamar que las enfermedades venéreas son como los demás estados morbosos: atacan lo mismo al viejo que al niño, al casto que al libertino.

2.° Adoptar el principio de declaración y procurar facilitar su tratamiento cuanto sea necesario y por los medios adecuados.

3.° Establecer como impedimento para contraer matrimonio el padecimiento de enfermedades venéreas no curadas, exigiendo el certificado médico de ha lugar o no a la boda.

Represión.—4.° Consignar en los Códigos disposiciones referentes a las contaminaciones venéreas, por virtud de las cuales pueda exigirse indemnización para las víctimas, penas y castigos para los contaminadores.

Educación.—5.° Extender los conocimientos higiénicos. Que los adolescentes sepan evitar los riesgos más corrientes de la infección y huir del peligro.

6.° Educar el sentido individual de responsabilidad moral. Que todos sepan que transmitir una enfermedad grave es una ofensa mayor que si se utilizase el revólver o el veneno.

*
* *

Después de la Guerra-Muerte, la Guerra-Salud.—Ha pasado la borrachera lúgubre y contagiosa de la guerra, esa barbarie dorada por la historia, supervivencia de una divinidad caver-

Digitized by Google

naria y cruel, manifestación de dinamismo humano: la Guerra-Muerte, que transcurrió allá lejos, en vagos campamentos iluminados por la gloria, "Sol de los cadáveres"...

Fué el resultado de aquella serie de desmanes a que se lanzaron los grupos nacionales, sin discernir entre los medios de lucha, para asegurar su prepotencia económica, dando al mundo la visión siniestra, jamás contemplada en tanta extensión, de media humanidad aniquilándose y deshaciéndose por abatir y estrangular y sacrificar a la otra media.

Y concluyó la hecatombe, enterrando todo un orden en que se asentaba una civilización para dar a luz una civilización nueva, sin duda mejor que la que la guerra destruyó, siquiera la metorragia de este gran parto ofusque, por el flujo rojo de sangre, cualquier mirada penetradora del futuro.

Las naciones desmayadas por los terribles traumatismos de la guerra dimanados, reaccionaron pronto y vuelven al palenque de la paz a competir y a rivalizar en sus actividades de progreso y de civilización. Se reconstruyen los pueblos derruídos, se cultivan los campos arrasados por la metralla, se despiertan los ruidos industriales y se piensa, sobre todo, en la raza, en el hombre, que fué el tributo pagado a millones para saciar la ferocidad devoradora de la Guerra-Muerte...

Raza fuerte, raza sana, raza vigorosa, es el ideal de los pueblos todos, porque ello es contar con rica savia, con fuerte medula nacional. Y así, era por marzo de 1919 cuando, al mismo tiempo que los diplomáticos en el Congreso de la Paz intentaban la operación de ortopedia internacional, se preparaba otro Congreso en el que se aprovecharían para la paz todos los perfeccionamientos logrados durante la guerra para combatir los sufrimientos humanos (1).

Se trataba de echar las bases de una higiene internacional,

(1) *Le Matin* de 27 marzo 1919, año XXXVI núm. 12.812, anuncia bajo los títulos: "Une nouvelle croisade.—Guerre à la maladie et à la mort", la celebración en Cannes de este Congreso, bajo la presidencia de M. Davison, jefe de la Cruz Roja americana, y con asistencia de los más eminentes y competentes sabios en las cuestiones de higiene y epidemiología de los cinco grandes aliados: Francia, Estados Unidos, Gran Bretaña, Italia y el Japón.

Digitized by Google

"para salubrificar el mundo, detener la enfermedad y el sufrimiento, y desenvolver en todos los países los medios capaces de contribuír eficazmente al mejoramiento del género humano", según palabras de M. Davison, jefe de la Cruz Roja americana y presidente del Congreso de Cannes.

Y en él se consideraban como objetos dignos de especial atención, junto a la tuberculosis y a la higiene de la infancia, las *enfermedades venéreas* (1), de consecuencias bien terribles para la raza, confirmando así aquella sabia advertencia de von Niessen: "El país que tenga la previsión y el valor de introducir y llevar a la práctica las teorías de higiene sexual, que ejercen una acción tan amplia y eficaz en su propio porvenir y en el porvenir de la raza futura, será el que llegue a ocupar el primer puesto en la marcha de la civilización (2)."

---

(1) Y es natural, porque el decrecimiento de sifilíticos, logrado desde 1910 a 1914 gracias al descubrimiento de Ehrlich, puesto de relieve sobre todo en la ciudad de Munich, en los que disminuyó en gran proporción el número de profesionales enfermas, ha desaparecido. Todas las ventajas conseguidas son borradas por la gran guerra: las enfermedades de la piel y venéreas, especialmente la sífilis, adquieren extraordinaria virulencia y gran desarrollo en los campamentos y en los centros de combatientes. ¡Como que gracias al espléndido uso que del 914 se ha hecho en los ejércitos beligerantes no llegó la sífilis a representar un pavoroso problema sanitario!

(2) Max von Niessen, *Herr Doktor, darf ich heirate?* (señor doctor, ¿puedo casarme?), Mutterschutz, 1906, pág. 352.

Digitized by Google

TRABAJOS PRACTICOS DE DERECHO MERCANTIL

(*Continuación.*) (1)

PROBLEMA NUM. 9

El comerciante A, basándose en el informe comercial favorable de la Casa X, dedicada a suministrarlos mediante un precio, otorga un crédito a la Casa B, que quiebra apenas transcurren algunos días.

Se pregunta: ¿podrá A ejercitar alguna acción contra la casa de informes comerciales pidiéndole:

A) La devolución del precio del informe.

B) La indemnización de daños y perjuicios en los casos siguientes:

1.° La casa informadora ha procedido dolosamente.

2.° La casa informadora ha procedido culpablemente.

3.° La casa informadora ha incurrido en error involuntario?

DICTAMEN
POR DON JOSE ANTONIO PRIMO DE RIVERA

I. Las Compañías de informes comerciales.

No he encontrado legislación ni literatura jurídica directamente aplicable al caso en que se trata, sin duda porque autores y legisladores han considerado que las Compañías de infor-

(1) Véase el núm. 20, págs. 565-576.

Digitized by Google

mes comerciales pueden vivir perfectamente reguladas por las reglas generales de Derecho que existen, sin que sea preciso dictar otras especiales para ellas. Pero como en el curso de este trabajo tendré que referirme a determinadas prácticas que dicha clase de Compañías siguen, debo anotar aquí unas observaciones prácticas sobre su funcionamiento.

Las Compañías de informes comerciales tienen por objeto poner a los comerciantes en antecedentes sobre las condiciones de capital, crédito, honorabilidad, etc., de aquellos con quienes van a entrar en relaciones comerciales. La gran utilidad de estas Agencias (que ahorran al comerciante todo el tiempo y dinero que tendría que gastar si hubiera de proporcionarse sus propios informes) hace que se hayan extendido muchísimo en estos tiempos, siendo varias las formas en que dichas Compañías o Agencias actuan.

No es necesario, para los fines de este trabajo, conocer el mecanismo *interior* de esa clase de oficinas; pero sí es conveniente insertar algunas notas acerca del funcionamiento *externo* de las mismas, en relación con los clientes que usan sus servicios.

Unas veces el cliente acude a la Compañía en la ocasión que necesita sus informes, pagando los que la Compañía le proporciona cada vez. Otras veces tiene un contrato relativamente permanente con la Compañía, a la que paga una cantidad mensual, trimestral o anual, obligándola en cambio a que ella le facilite todos los informes comerciales que él le pida durante el tiempo que dure la suscripción.

Pero lo que más interesa del contrato que celebra el cliente y la Compañía es una cláusula que figura en casi todos esos contratos y que exime a la Agencia de responsabilidad por la inexactitud de sus informes. Si esta cláusula figurase *siempre* en el contrato que se firma *antes* de que la compañía empiece a prestar sus servicios al cliente, no habría ninguna duda en el caso presente ni en ninguno análogo (1), puesto que los mismos contratantes habían determinado la responsabilidad de la Agencia en uso de la libertad para estipular que les conceden todos los Códigos.

(1) Claro está que no me refiero al caso de dolo o culpa grave, como luego se verá.

Digitized by Google

Pero lo que ocurre a veces es que la citada cláusula eximente de responsabilidad no figura en el contrato previo, sino en la hoja con el informe que la Compañía entrega al cliente en cumplimiento del contrato; es decir, que cuando ya, perfecto el contrato entre el cliente y la Compañía, tiene ésta que entregar a aquél el informe que ofreció, se lo da por escrito en una hoja, en cuyo reverso o a cuyo pie consta la fórmula: *Sin nuestra responsabilidad.*

¿Será válida esta declaración unilateral que exime de responsabilidad al mismo que la hace, modificando, sin contar con el otro contrayente, el contrato que antes celebró? Esta cuestión, que puede decirse es la clave del caso que trato de resolver, no puede decidirse sin investigar primero qué derecho y qué legislación se deben aplicar a las Compañías de informes comerciales.

II. El contrato que estas Compañías celebran, ¿es mercantil?

Hay que resolver esta cuestión; porque si el contrato fuera civil habría de aplicarse directamente el derecho común, mientras que siendo mercantil tendrá que recurrirse primero a la legislación principal de Comercio, luego a los usos mercantiles y, por último, a la ley civil.

Por tanto, nos encontramos desde luego ante la teoría de los actos mercantiles, cuya naturaleza se determina de dos modos: uno científico y otro legal. Haré primero unas ligeras observaciones científicas y veré luego si el contrato que sirve de tema a estos apuntes puede caer dentro de la esfera de la legislación mercantil.

Ha habido dos tendencias para determinar la mercantilidad de los actos jurídicos: una *subjetiva* y otra *objetiva*. Según la tendencia subjetiva o personal, son mercantiles y caen bajo la legislación mercantil los actos jurídicos realizados por los comerciantes, es decir que no era el acto el que imprimía carácter de comerciante a quien lo realizaba, sino que era éste el que determinaba la condición de aquél. Este sistema fué el seguido por nuestro Código de 1829, que era un Código de clase.

Se han hecho bastantes objeciones a este sistema subjetivo,

Digitized by Google

llegando a decirse, entre otras cosas, que el hacer una legislación especial para la clase de mercaderes implica un privilegio, contrario a los principios de la Revolución francesa. Thaller (1) rebate este argumento diciendo que no habría tal privilegio, desde el momento en que todo el que quiere puede ingresar en la clase de comerciantes sin más que abrir un establecimiento mercantil. Empero el sistema subjetivo tiene un grave defecto, señalado por ilustres tratadistas españoles (2), y es que la condición de comerciante se adquiere con la habitual repetición de actos mercantiles, y éstos son mercantiles porque los realiza quien tiene la condición de comerciante, con lo cual se incurre en un eterno círculo vicioso. Por eso dicen, con razón, esos mismos autores (3) que la mercantilidad de los actos jurídicos ha de derivar de su propia naturaleza, la cual se manifiesta en tres caracteres esenciales:

a) Ser de mediación (entre productores y consumidores).

b) Ser de cambio o para facilitar el cambio.

c) Ser celebrado con ánimo de lucro.

"Téngase en cuenta, sin embargo —añaden—, que como lo accesorio sigue siempre a lo principal, puede suceder que un acto que reúna estos tres caracteres no sea comercial, por estimársele accesorio de otro acto principal que no lo sea. Y viceversa, puede ocurrir que no concurriendo los tres caracteres en un acto, sea, no obstante, mercantil por seguir a otro acto principal que lo sea."

Este criterio objetivo es el seguido por casi todos los Códigos de Comercio, desde el francés de 1807. Pudiera señalarse como excepción, según Thaller (1), el alemán de 1900, que parece volver al sistema de Código de clase, puesto que regula los actos mercantiles sólo cuando son realizados por comerciantes. (Véase, por ejemplo, el art. 343, que dice: "Son contratos mercantiles todos los que celebra *un comerciante* en el ejercicio

---

(1) *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 4.ª edición, París, 1910, pág. 6.

(2) Álvarez del Manzano, Bonilla y Miñana, *Códigos de Comercio españoles y extranjeros*, t. I.

(3) Obra y tomo cits., págs. 200 y sigs.

(1) Ob. cit., pág. 6.

Digitized by Google

de su tráfico. Los contratos detallados en el art. 1.°, párrafo 2.° serán también mercantiles *cuando los celebre un comerciante,* aunque no pertenezcan al tráfico a que aquél se dedique ordinariamente.")

Pero aparte de este carácter del Código alemán, todos los principales Códigos europeos adoptan un criterio objetivo para determinar la mercantilidad de los actos, haciendo una enumeración de los que son mercantiles, si bien suelen señalar que los actos realizados por los comerciantes pueden tener carácter mercantil aunque no estén expresamente comprendidos en la enumeración.

Así vemos que el Código de Comercio francés dice:

"Art. 632. La Ley reputa actos de comercio:

.....

Toda empresa de suministro, de agencia, de oficinas de negocios, establecimientos de venta en pública subasta, de espectáculos públicos...

Todas las obligaciones entre negociantes, comerciantes y banqueros."

Y el italiano:

"Art. 3.° La Ley reputa actos de comercio:

.....

21. Las empresas de comisión, de agencias y de negocios."

Art. 4.° Se reputan, además, actos de comercio los otros contratos y las demás obligaciones de los comerciantes si no son de naturaleza esencialmente civil, o si no resulta lo contrario del acto mismo."

Y el belga:

"Art. 2.° La Ley reputa acto de comercio:

.....

Toda empresa de suministros, agencias, oficinas de negocios, establecimientos de ventas en pública subasta, de espectáculos públicos y de negocios con prima.

Todas las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que tienen causa ajena al comercio."

Y el holandés:

Digitized by Google

"Art. 4.° Del mismo modo comprende también la Ley entre los actos de comercio:

.....

3.° Los actos de los comerciantes, banqueros, cajeros, corredores...

.....

9.° Los actos de los factores, corredores de buques, viajantes de Comercio, tenedores de libros y otros dependintes de los comerciantes, a los efectos del comercio del mercader a cuyo servicio se hallen."

He señalado, especialmente, algunas de las clases de actos mercantiles que esos Códigos enumeran, porque quizá en ellas pudiesen entrar las Compañías de informes comerciales, que no caben, a mi juicio, en ninguno de los nueve grupos de actos mercantiles que señala el Código alemán (art. 1.°, párr. 2.°).

El señor Benito (1) recoge el concepto de acto mercantil que dan los modernos Códigos al decir "Son actos mercantiles todos los de intervención directa o indirecta entre productores y consumidores que, realizados con el propósito de especular, tiendan a facilitar el cambio de los productos, sea cualquiera la clase de personas que los ejecuten, y todos los demás que practiquen los comerciantes y sus auxiliares en, para o por razón del ejercicio de sus funciones."

Fijándonos ahora en los contratos celebrados usualmente por las Compañías de informes comerciales, vemos que reúnen las siguientes notas:

1.ª Facilitan el cambio, puesto que haciendo que los comerciantes puedan conocerse más fácilmente, suprimen dificultades en los negocios.

2.ª Se celebran con ánimo de lucro, puesto que de ellos viven las Compañías que los hacen.

3.ª Son celebrados entre comerciantes, por regla general, como en el caso presente, puesto que lo son tanto las Compañías como sus clientes.

Vemos, pues, que pueden considerarse, teóricamente, actos mercantiles. Les falta la nota de acto de mediación entre produc-

(1) *Manual de Derecho mercantil*, vol. I, pág. 317.

Digitized by Google

tores y consumidores (aunque con alguna sutileza se les podría atribuir, ya que lo que hacen las Compañías es procurarse los informes comerciales en los puntos de origen, para ponerlos en manos de sus clientes); pero aunque falte ese requisito pueden ser mercantiles por seguir a otros actos que lo son, ya que sólo como preparatorios para otros contratos comerciales tienen razón de ser los de la especie que nos ocupa. Sólo en el comercio y para el comercio pueden existir las Compañías de informes comerciales; en teoría, y aun con arreglo a algunas legislaciones de otros países, hay que considerar mercantiles los actos que celebran. Ahora bien: ¿puede decirse lo mismo con arreglo al Código español? Sólo nos puede guiar el párrafo segundo del art. 2.°, que dice:

"Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga."

Pero al indagar la naturaleza de los distintos actos que regula el Código se la encuentra tan poco determinada y tan multiforme, que no hay modo de construir un tipo general de actos mercantiles para determinar la analogía que puedan mantener con él otros actos que la Ley no regula.

Así lo reconocen los señores Alvarez del Manzano, Bonilla y Miñana, y añaden: "No queda, pues, otro medio que su comparación con el concepto filosófico o con los contenidos en el texto legal (1)."

El concepto filosófico nos dice que es mercantil el contrato que estudio. Voy a ver ahora si, por analogía con otros actos, puedo demostrar que es mercantil también con arreglo a la legislación española.

El contrato de informes comerciales es un arrendamiento de servicios; está claramente comprendido en los que define el artículo 1.544 del Código civil: "En el arrendamiento de obras o servicios una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto." El Código civil sólo regula especialmente dos arrendamientos de servicios: el de trabajadores asalariados y el concreto de transportes. Voy a obser-

(1) Ob. cit., t. I, pág. 257.

Digitized by Google

varlos separadamente para anotar un fenómeno que se da en ambos.

El arrendamiento de servicios de trabajadores y sirvientes es civil; el Código civil lo reglamenta en sus arts. 1.583 a 1.587. Pero si lo que se encomienda al trabajador asalariado es el desempeño constante, en nombre de un mercader y por su cuenta, de alguna o algunas gestiones propias del tráfico a que dicho mercader se dedique, el trabajador asalariado pasa a ser dependiente o mancebo y el contrato que con él celebra su principal queda sometido a los arts. 292 y siguientes del Código de Comercio. ¿Qué es lo que ha determinado que este arrendamiento de servicios sea mercantil? ¿la circunstancia de ser comerciante el arrendatario? No, porque ese mismo comerciante puede contratar criados y trabajadores para materias no pertenecientes a su tráfico, y entonces el contrato es civil; luego lo que determina la mercantilidad del arrendamiento es que el arrendador va a emplear su trabajo en gestiones del tráfico mercantil a que el arrendatario se dedica.

El otro arrendamiento de servicios que regula el Código civil (arts. 1.601 a 1.603), el contrato de transporte, es también civil por naturaleza. Pero se convierte en mercantil y queda sometido al Código de Comercio cuando aparece con alguno de los siguientes requisitos que señala el art. 349 de este Cuerpo legal:

1.° Que tenga por objeto mercaderías o cualesquiera objetos de comercio.

2.° Que, siendo cualquiera su objeto, sea comerciante el portador o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público.

Luego vemos que *todos* los servicios cuyo arrendamiento regule el Código civil (puesto que sólo habla especialmente de esas dos clases) se convierten en mercantiles:

1.° Cuando se prestan en gestiones del tráfico comercial.

2.° Cuando el que los presta es un comerciante que se dedica habitualmente a *prestar* esa clase de servicios al público.

Por analogía, puede decirse que el contrato de informes comerciales es civil cuando el arrendador de servicios no es un comerciante que se dedica habitualmente a esas gestiones; pero es mercantil cuando el arrendador es un comerciante que presta al

Digitized by Google

público esa clase de servicios con carácter habitual. Esto es sencillamente aplicar a este arrendamiento de servicios el mismo criterio que sigue la Ley para los expresamente regulados por ella.

Ahora bien; he puesto como condición para que este contrato sea mercantil ante la Ley el que quien proporciona los informes sea *un comerciante* habitualmente dedicado a ello. ¿Lo es la Compañía de este caso? Sí. El art. 1.°, núm. 2.° del Código de Comercio dice que son comerciantes las Compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este Código. Y después dispone en el art. 116 que el contrato de Compañía por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas *para obtener lucro* (en esto se distingue substancialmente del concepto de sociedad que da el Código civil en su art. 1.665) será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituído con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio. Pueden ser Compañías mercantiles todas las sociedales expresamente enumeradas en el art. 117 de dicho Código "y demás asociaciones —dice— que tuvieren por objeto cualquiera empresa industrial o de comercio".

De manera que si la Compañía, de este caso, se constituyó con arreglo al Código de Comercio, es mercantil, y entonces, legalmente, son mercantiles los servicios que arrienda; pero si se constituyó civilmente, sus arrendamientos de servicios son civiles. Probablemente se habrá atenido en su constitución a la ley Comercial, que le es más favorable, puesto que sus normas son más amplias que las civiles; pero como puede ser que no haya ocurrido así, distinguiré los dos supuestos, tratando primero de resolver el problema en la hipótesis de que se trate de una Compañía y, por tanto, de un contrato mercantil, y señalando después las modificaciones que habría que introducir en la solución en caso de que la Compañía y sus contratos fuesen civiles.

Empiezo con el primer supuesto.

III. Notas legales aplicables al caso presente.

Hemos visto ya que se trata de un acto mercantil, de un contrato mercantil bilateral, consensual, oneroso y conmutativo cele-

Digitized by Google

brado entre un comerciante y una Compañía de informes comerciales, por el cual aquél se compromete a pagar una determinada cantidad de dinero y ésta a proporcionarle datos y referencias acerca de una determinada persona.

La Compañía ha cumplido mal su obligación; ha entregado un informe erróneo. El comerciante se ha fiado de ese informe y ha sufrido un perjuicio grave. El contrato no determina la responsabilidad de la Compañía en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación. Hay, pues, que acudir a la ley aplicable, que es, según hemos visto, la mercantil. Y el enunciado hace que se distingan los casos de dolo, culpa y error por parte de la Compañía informadora.

Pero el Código de Comercio no dice nada respecto al incumplimiento de las obligaciones y contratos, sino que conserva para ellos la doctrina del Código civil, al cual hay que acudir siguiendo lo que dispone el art. 50 del Código de Comercio. Esto ocurre en todos los demás Códigos, los cuales, o consideran la legislación civil complementaria de la de Comercio, o consideran al Derecho mercantil como una parte del civil, en la cual sólo tienen que figurar las modificaciones que introduzca en éste. Lo cierto es que la teoría general de la contratación que figura en los Códigos civiles no es propiamente de Derecho civil, sino de Filosofía del Derecho, como dicen los profesores españoles ya citados, y tanto el Derecho civil como el mercantil representan variantes dentro del sistema general.

Son sobradamente conocidos los preceptos de los códigos extranjeros que declaran al Derecho civil aplicable a las obligaciones y contratos. Así el Código italiano, después de haber declarado en el art. 1.° que "en materia de comercio se observarán las leyes comerciales especiales en lo que no sea previsto por ellas se observarán los usos mercantiles; los usos locales o especiales tendrán preferencia con respecto a los usos generales. En defecto de esto se aplicará el Derecho civil", vuelve a decir en el artículo 89 que los contratos comerciales son regulados por la Ley y por los usos comerciales y por el Código civil. También el Código francés hace análoga declaración respecto a la compraventa, lo cual, según Hoechster, debe extenderse a todos los demás contratos comerciales, de los que la compraventa es considerada

Digitized by Google

como tipo. Conformes con esto, dicen Lyon-Caen y Renault (1) que las disposiciones del Código civil relativas a obligaciones y contratos se aplican, en general, a los contratos mercantiles, salvo en aquellos puntos para los que la legislación comercial da reglas especiales.

He de anotar que varios Códigos declaran aplicables a los contratos mercantiles los usos del comercio antes que la ley civil. El Código español, en su art. 50, parece olvidarse de los usos mercantiles, y aunque luego se verá que este artículo no deroga el orden de prelación de las fuentes expuesto en el 2.° del mismo cuerpo, voy ahora a ver, ateniéndome a la letra del art. 50, cuáles son las consecuencias del dolo y de la culpa en las legislaciones civiles.

El Código civil francés dice en su art. 1.150 "que el deudor sólo viene obligado a los daños e intereses previstos o que hubieran podido preverse en la fecha del contrato cuando en el incumplimiento no haya mediado dolo por su parte", mientras que si ha habido dolo responderá, según el art. 1.151 de lo que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la obligación.

El Código civil italiano dice en su art. 1.225 que el deudor será condenado al resarcimiento de los daños tanto por el incumplimiento de la obligación como por el retraso de su ejecución si no probare que el incumplimiento o la demora obedecen a una causa extraña que no le es imputable, sin intervenir de su parte mala fe. Y después, en sus arts. 1.228 y 1.229, reproduce la doctrina de los arts. 1.150 y 1.151 del Código francés.

El Código civil alemán dice en el art. 276 que, salvo disposición en contrario, el obligado responde de sus actos voluntarios y de su negligencia. La negligencia consiste en la no prestación del cuidado exigido en las relaciones ordinarias (para los relaciones mercantiles el Código de Comercio alemán pide la diligencia de un buen comerciante). Después añade que el deudor no puede ser relevado anticipadamente de la responsabilidad de sus actos voluntarios.

El Código suizo de las obligaciones se ocupa de esta materia

(1) *Précis de Droit Commercial*, París, 1884, t. I, pág. 322.

Digitized by Google

extensamente, siendo los más interesantes para nosotros sus artículos 110, 113, 114 y 116, donde se dice que cuando el acreedor no pueda obtener el cumplimiento de la obligación o sólo lo consiga de un modo imperfecto, el deudor queda obligado a indemnizar daños y perjuicios, a no ser que pruebe que no le es imputable por ello falta alguna; que en general responde al deudor de toda falta, siendo esta responsabilidad más o menos extensa, según la naturaleza particular del contrato; que es nula toda estipulación que tienda a librar por anticipado al deudor de la responsabilidad que le corresponda en caso de dolo o falta grave; que los daños y perjuicios debidos por el deudor comprenden en todo caso el daño previsto y que ha podido preverse en el momento del contrato como una consecuencia inmediata del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso del mismo, y que corresponde al juez la evaluación del daño atendiendo a las circunstancias.

Y con estas disposiciones concuerdan en general las que contiene el Código civil español en sus arts. 1.101, 1.102, 1.103, 1.104 y 1.107, que luego aplicaré; pero que quedaría incompleto este trabajo si en la solución del caso propuesto no tuviera en cuenta los usos mercantiles.

IV. Prácticas de las Compañías de informes comerciales.

Según Vidari (1), los usos de comercio siguen en autoridad a la ley mercantil, o sea que la tienen mayor que la ley civil. "El Derecho comercial —dice— es un Derecho autónomo, que se distingue por caracteres propios del Derecho civil, y como consecuencia de esto el Derecho civil no puede tener autoridad de fuente jurídica sino cuando todo el Derecho comercial (escrito y no escrito) falta por completo." Sin embargo, reconoce que el uso no puede derogar la ley prohibitiva o imperativa.

Nuestro Código de Comercio, en su art. 2.°, da preferencia a los usos del comercio observados generalmente en cada plaza sobre la ley civil; pero parece derogar esta preferencia al referirse concretamente a los contratos en el art. 50. Sin embargo, los señores Alvarez del Manzano, Bonilla y Miñana (2) de-

(1) *Corso di Diritto Commerciale*, t. I, pág. 103.

(2) Ob. cit., t. V, págs. 62 y sigs.

Digitized by Google

muestran que los contratos se hallan comprendidos dentro de los actos a que se refiere el art. 2.°, y concluyen diciendo que las fuentes de Derecho en materia de contratación mercantil, según la legislación esañola vigente, son éstas:

1.ª Código de Comercio de 1885.

2.ª Leyes especiales mercantiles.

3.ª Usos y prácticas comerciales (con valor puramente interpretativo).

4.ª Derecho civil o común.

Según esto, deben tenerse en cuenta en la interpretación de los contratos mercantiles los usos generalmente observados en cada plaza. "Se entenderá que los usos son observados generalmente —dicen los autores que acabo de citar (1)— cuando la mayoría de los comerciantes los ponen en práctica, sin que el hecho de haber algunos que excepcionalmente no los observen obste a la condición exigida por nuestro Código." Y luego añaden que para ver si verdaderamente sigue ese uso *la mayoría* de los comerciantes se ha de considerar el número de éstos en cuyos negocios pudiera seguirse la práctica de que se trate. "Si una clase de comerciantes —dicen—, los banqueros, por ejemplo, tuviese ciertas prácticas no seguidas por los demás, habría que distinguir: si el hecho a que se refería el uso tan sólo era llevado a cabo por los dedicados al comercio de Banca, se entendería que el uso era generalmente observado; pero si, por el contrario, se refería a actos realizados por todos los comerciantes, no siendo sino los banqueros los que observaban los usos de que se tratare, no podría decirse que eran generalmente observados."

Todo esto tiene aplicación en el caso concreto que trato de resolver. Las Compañías de informes comerciales nunca han respondido de las posibles consecuencias que pudieran sobrevenir a sus clientes al contratar con personas de buenos informes. Es uso establecido de siempre esa no responsabilidad de las Compañías, y, por tanto, el que acude a una de ellas en busca de informes sabe que aunque se fíe de los que le den y el negocio le salga mal, no podrá reclamar de la Compañía lo que hubiera perdido. Si pudiera reclamarlo, los que proporcionan información acerca de otras per-

(1) Tomo I, pág. 236.

Digitized by Google

sonas serían fiadores de ellas, lo cual está fuera de la intención que tuvieron los contrayentes al estipular que uno entregaría al otro informes comerciales de un tercero.

Sin duda, en este caso, la Compañía se olvidó de incluír en el contrato la cláusula *"sin nuestra responsabilidad"*, pero el uso debe suplirla. Dice Navarrini (1) que cuando la ley calla se incluyen cláusulas en los contratos que, a fuerza de repetirse, llegan a probar que son verdaderamente necesarias y valen en la interpretación mientras no haya prueba en contrario. "Los usos de comercio —decía la Exposición de Motivos de nuestro Código— se admiten por el Proyecto, no como derecho consuetudinario, sino como reglas para resolver los diversos casos particulares que ocurran, *ya supliendo las cláusulas insertas generalmente en los actos mercantiles*, etc."

Luego aunque en el caso presente no aparezca la cláusula acostumbrada, debe tenerse en cuenta como si existiese.

Hay que separar los supuestos de dolo, culpa y error que señala el enunciado.

V. Aplicación de todo lo dicho a la resolución del caso presente.

A) Dolo.—El uso no autoriza a la Compañía de informes comerciales a obrar dolosamente; la cláusula *sin nuestra responsabilidad* no se introdujo para dejar impune el dolo, y aunque esa hubiera sido la intención de los que la establecieron no valdría, puesto que el dolo se considera como contrario al orden público y ni siquiera tolera la ley que se renuncie a la acción que de él se deriva (art. 1.102 de nuestro Código civil, conforme con el 276 del alemán y 114 del suizo). Por tanto, ya se trate de una Compañía y de un contrato comercial, ya se trate de una Sociedad y un contrato civil, quedan subsistentes, respecto del dolo, las disposiciones del Derecho común.

La Compañía, al obrar dolosamente, se ha propuesto, o apoderarse con engaño del dinero entregado por el cliente como precio de un supuesto informe, o inclinar el ánimo del mismo cliente, aun sabiendo que le perjudicaba, para que contratase

(1) *Trattato elementare di Diritto commerciale*, vol. I, pág. 28.

Digitized by Google

con un comerciante próximo a quebrar, tal vez estando en connivencia con este mismo comerciante. Sin perjucio de la responsabilidad penal que en ambos casos quepa exigir por posible delito de estafa, procede la indemnización de daños y perjuicios (Código civil, art. 1.101). Los cuales alcanzan, según el párrafo 2.° del art. 1.107, a todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación; es decir, al precio del informe y a la pérdida padecida por haber contratado con un comerciante en vísperas de quiebra.

B) CULPA.—Es el más complicado de los tres supuestos. Ante todo nos encontramos con la cláusula *sin nuestra responsabilidad* expresa o tácitamente inclinada en el contrato, y vemos el art. 1.104, párrafo 2.° del Código civil que dice: "*Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento* se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia." Es decir, que en el contrato puede determinarse el grado de culpa que será exigible. ¿Valdrá, en vista de ese artículo, la cláusula que libra al deudor de los efectos de toda culpa, aun de la más grave? Ateniéndose al texto de la ley hay que contestar afirmativamente, puesto que no alcanza a la culpa la prohibición del art. 1.102.

Ahora bien: en el presente problema, ¿puede decirse que el cliente ha renunciado a la acción para exigir la responsabilidad por toda culpa? Hay que admitir que se ha propuesto hacer el contrato que se lleva a cabo usualmente con las Compañías de informes comerciales, el cual contrato tiene como elemento natural una cláusula que exime de responsabilidad a la Compañía informadora; lo que es preciso, pues, determinar, es el alcance de esa cláusula.

Recuérdese lo que dice el art. 56 del Código de Comercio respecto a la manera de cumplir los contratos mercantiles, que ha de ser "sin tergiversar con interpretaciones erróneas el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas...". También hay que recordar el art. 59, que al remitir la interpretación de los contratos a las fuentes señaladas en el art. 2.°, hace que, a falta de ley mercantil, prevalezca el uso en la interpretación. Y aquí el uso dice que la cláusula *sin nuestra responsabilidad* tiene por objeto desvanecer toda apariencia de

Digitized by Google

fianza por parte de la Compañía informadora a favor del comerciante sobre quien informa; se pone esa cláusula como declaración de que la Agencia *no garantiza* su informe, pues si la costumbre fuera que se garantizasen, las Compañías de esa naturaleza no podrían vivir. Pero lo que no se puede decir es que esa cláusula se ha puesto para eximir a la Compañía de la prestación de toda culpa; seguramente no ha sido esa la intención de los contratantes, y la intención, según el art. 1.281 del Código civil, debe prevalecer sobre las palabras cuando éstas estén confusas. Claro está que no podría reclamarse contra la Compañía por una culpa leve; pero sí por la grave (por ejemplo: desconocimiento de datos públicos y fáciles de averiguar sobre la riqueza del comerciante de quien informó, etc.)

Lo que quizás autorice el uso es la inversión de la prueba de culpa. En el Derecho civil es el deudor que no cumplió la obligación o la cumplió mal quien tiene que probar que obró sin culpa; aquí tal vez le baste con decir que, a tenor del contrato, no le alcanza a él responsabilidad por los errores que contenga el informe, siendo el acreedor quien tiene que probar que esos errores se debieron a su negligencia grave (1).

Y probada esta culpa grave, ¿qué responsabilidad tendría la Compañía? El art. 1.107 del Código civil dice en su párrafo 1.°: "Los daños y perjuicios a que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituírse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento." La pérdida experimentada por el cliente al contratar con el comerciante que quebró no es consecuencia necesaria de la culpa de la Compañía; ésta entregó, sí, un informe defectuoso, pero con ese mismo informe pudo el cliente no contratar con el otro comerciante, y sin el informe pudo contratar de la misma manera. Las buenas referencias que le dió la Compañía pesaron en el ánimo del cliente, pero no fueron la causa de la pérdida que padeció en un contrato desventajoso. Hay, pues, que separar las consecuencias

(1) No me atrevo a afirmar eso rotundamente porque la falta de precisión en estos usos no permite señalar una norma clara e igual para todos los casos.

Digitized by Google

de este contrato de las de la negligencia de la Compañía en el cumplimiento de su obligación. La consecuencia de esta culpa fué la pérdida por el cliente del precio que pagó por un informe inútil. Por eso, con arreglo al art. 1.106, la indemnización de daños y perjuicios comprenderá la devolución del precio del informe y los intereses del tiempo que la Compañía lo tuvo en su poder, aunque los Tribunales, haciendo uso del art. 1.103, podían moderar la responsabilidad.

Tratándose de culpa leve no debe exigirse responsabilidad a la Compañía, o exigírsela muy moderada, pues el uso, representado por la cláusula *sin nuestra responsabilidad* parece ser contrario a estas consecuencias posteriores a la entrega del informe, consecuencias que desfiguran este contrato.

Si la sociedad fuera civil y por consecuencia lo fuese también, legalmente, el contrato que celebró, se aplicarían directamente los artículos que he citado del Código civil, sin tomar en cuenta las modificaciones introducidas por el uso. Como en el contrato no expresa el grado de culpa que será exigible, el deudor habrá de poner la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1.104), siéndole exigible la culpa en todo caso (art. 1.103), con el alcance que se señala.

C) ERROR.—Aplicando el uso mercantil debe presumirse que está, por tanto, la Compañía libre de responsabilidad; pero si se prueba que hubo culpa o dolo desaparece el supuesto.

Si es la ley civil la que debe aplicarse se presume que hubo negligencia en el deudor; pero si éste prueba que no la hubo, queda libre de responsabilidad, puesto que el Código civil la exige en los casos de dolo, culpa o morosidad.

PROBLEMA NUM. 11

La Compañía mercantil A contrata con B, representante de otra alemana, la compra de ciertos artículos cuando el marco se cotizaba a nueve céntimos en España, estipulándose el precio en marcos. La baja de esta moneda a tres céntimos y las consiguientes alteraciones de la vida industrial alemana son aduci-

Digitized by Google

das por B para pedir la rescisión del contrato o una rebaja en el precio. ¿Es admisible lo alegado por B?

DICTAMEN DEL SEÑOR PANDO MUÑIZ.

Desde el punto de vista filosófico cabrá alegar por B que la equidad, los fuertes imperativos de la conciencia están a su favor, porque sería tan grande la lesión que se le causaría de exigir el cumplimiento integral del contrato, que bien podría calificarse dicha lesión no ya de enorme, sino de enormísima. Y sabido es que esta lesión fué considerada en todo momento por los grandes juristas como causa de rescisión del contrato: no sólo en el Derecho viejo, en el Derecho nuevo se han conservado reliquias venerables del Derecho antiguo, y aun hoy día, en que la justicia y la moralidad no andan muy íntegras, concibe todo el mundo que las llamadas por los romanos "lesión enormísima", debe a veces ser causa de rescisión del contrato. ¿Qué significa, si no, esa ley de equivalencia entre la cosa y el precio en la compraventa, que ocupa la atención de los autores? Esa equivalencia, aunque variable y determinada por gran número de circunstancias, tiene, sin embargo, su límite, fuera del cual el contrato se presenta como una cosa ilícita y reprobable.

Dicha equivalencia existía cuando se verificó, cuando se perfeccionó el contrato; luego, causas más fuertes que la voluntad de los contratantes, verdadera fuerza mayor, destruyó los productos, porque no otra cosa es imposibilitar las condiciones normales en que aquéllos se darían. Por tanto, B no debe estar obligado a entregarlos; debe rescindirse el contrato. Además, B ha carecido de causa suficiente para ir al contrato: a él no le llevaban al último móviles de liberalidad; iba por lucro; éste no existe, luego el contrato carece de causa; no ha existido, pues realmente B no celebraba un contrato aleatorio.

Además, B puede alegar haber padecido error de hecho: desconocía el valor en cambio de las cosas que ofreció. Eran de un valor X cuando contrató; pero cuando debía entregar los productos resulta que eran de tres veces X dicho valor. No puede haber doctrina que autorice la ruina de una persona sin culpa.

Conviene insistir en que se trata de un caso fortuito me-

Digitized by Google

jor de fuerza mayor (Exner), que le impide a B cumplir la obligación.

En el terreno doctrinal aún cabe alegar el principio de *rebus sic stantibus,* "en tanto las cosas sigan como están", principio que sustituye con mayor justicia a aquel otro de *pacta sunt servanda,* "hay que estar a lo pactado", mas en desacuerdo con la equidad.

En el Derecho positivo cabe que B alegase los siguientes fundamentos:

El art. 1.105 del Código civil, que dice: "Nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fuesen inevitables."

Y como el suceso de la guerra mundial reúne estos requisitos, B no debe responder del mismo, ni de sus consecuencias.

El 1.276: "La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad."

Y como la causa en que B se fundaba resultó falsa, el contrato debe ser nulo.

El 1.266 dice: "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la substancia de la cosa que posee objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubiesen dado lugar a celebrarlo."

Luego como B padecía error en las condiciones de valor de la cosa, debe ser nulo el contrato.

A pudiera alegar en el terreno filosófico que los contratantes, como comerciantes que son, no deben estar a los principios o doctrinas que informan el Derecho civil, rancio y tradicional. Al contrario, deben tener en cuenta los principios más nuevos y fertilizantes del Derecho mercantil. Que a éste hay que estar principalmente, dado que el acto que han celebrado es mercantil, porque A adquiría los productos para luego revenderlos y lucrarse; y que debe, por tanto, estarse a los principios y leyes mercantiles es indudable. Con relación a éstos, ¿qué sucede? Que el remedio anteriormente indicado para las faltas de equivalencia, etc., es peor que la enfermedad. La rescisión por lesión, ¿qué resolvería? Nada: paralizaría las energías comerciales; es un enemigo de la seguridad en las transacciones.

La alegación de B referente a no haber celebrado un con-

Digitized by Google

trato aleatorio nada prueba ni resuelve; en este caso lo que sucede es que el elemento aleatorio que existe en todo contrato ha sido un poco grande.

Para A no puede tener valor lo alegado referente a la falta de causa y existencia de error. Al celebrar el contrato la causa existía, el error no; luego el contrato fué válido. No hay fuerza mayor que impida entregar la cosa: ésta puede ser entregada; lo que ocurre es que la entrega será para B más costosa, bastante más cara; o sea que todo se traduce en que B salga lesionado, y la lesión ya dije que no puede ser causa de rescisión.

En el terreno legal, A puede invocar el art. 344 del Código de Comercio, según el cual no se rescindirán las ventas mercantiles por causa de lesión. Con ello A cumple el art. 2.° del Código de Comercio, que señala el orden de fuentes: legislación mercantil, usos o costumbres, derecho común. Puede A reprochar a B su apego al Derecho común, con menosprecio de su fuero propio, que es el mercantil.

B replica que dicho artículo no es aplicable más que a las compraventa; pero no a este caso, por no existir aquí compraventa, ya que para que ésta exista es necesario el consentimiento y él no lo ha prestado; mejor dicho, lo ha prestado, pero es nulo por causa de error, ya que lo sufría en cuanto al valor en cambio aproximado de las cosas, y con arreglo al art. 1.266 del Código civil el contrato no existe. Y este artículo puede ser alegado porque se refiere a principios generales no recogidos en el Código mercantil por ser posterior en su desarrollo al civil. Esto es perfectamente lícito; aunque sea un pequeño inconveniente, que sería obviado si existiera un Código general de las obligaciones.

A podrá insistir en que, al perfeccionarse el contrato y ser válido, no habría error, pues B conocía el valor en cambio de las cosas en aquel momento; cosas que de haber sido entregadas entonces, no hubieran sido causa de discusión jurídica. Sucedió que A y B convinieron en que la entrega fuese posterior a aquel acto, y este solo hecho, que hizo que en el intermedio subiesen de valor las cosas, no puede ser causa para que B alegue error.

Digitized by Google

PROBLEMA NUM. 14

¿Habría fundamento legal y filosófico para que el acreedor pueda pedir más dinero que el consignado en el contrato cuando entre la celebración de éste y el cumplimiento se deprecia considerablemente la moneda estipulada?

DICTAMEN DE DON TEODORO MÁXIMO LÓPEZ JANER.

Dos aspectos puede tener este problema, como en el enunciado se observa: el filosófico o moral y el legal. Principiando por el primero, nos parece que tiene derecho, sin duda, a una reclamación, pues la prestación que el acreedor cedió al deudor tiene un valor que está representado por la suma fijada y no por un número determinado de discos de metal, cuya variación en su justiprecio está sujeta a infinidad de causas; claro es que a primera vista el deudor no tiene obligación de responder de las anomalías de una fluctuación monetaria; pero, sin embargo, cabe afirmar que por lo mismo que el cumplimiento absoluto no se ha verificado, puesto que el acreedor no ha recibido aún el valor o precio, siendo el precio la representación del valor, quiere decir que éste será lo principal y aquél lo accesorio; habrá de recibirlo; pero como aquella cantidad estipulada (precio) no es actualmente la representativa del valor fijado, el perjuicio es claramente del acreedor, mientras que el deudor se beneficia en la diferencia de valoración del precio.

Conocido es el ejemplo del comercio alemán elevando sus tarifas a medida que su moneda, el marco, sufre depreciación, remedio que como vemos pudo el vendedor (acreedor en este caso) poner en práctica si no se hubiera verificado el contrato, y, por tanto, fuera libre de disponer de sus objetos, defendiendo su mercancía con la compensación del aumento de valoración, con lo que, relacionando este reciente suceso con el caso que nos ocupa, cabe afirmar que, implícito al movimiento de descenso de la moneda, sigue simultáneamente otro de aumento en la valoración de los objetos, cosa justa y re-

Digitized by Google

paradora, pues que de no ser así puede el deudor, una vez adquiridos los géneros con la consiguiente depreciación, volver a vender los objetos, con la consiguiente depreciación, repetimos, y con un aumento de valoración proporcionado que, según el caso antes examinado del comercio alemán, puede y es lógico que así suceda, encontrarse el deudor en este caso con una ganancia impensada, que es justamente igual a la pérdida sufrida por el acreedor, lo cual es moralmente injusto. No hablemos en el caso de préstamo de dinero, para el cual tenemos las mismas razones, pues si el deudor entregase una cantidad que en la actualidad es inferior en valor a la por él recibida en época anterior, bien clara está la injusticia de esta devolución en este préstamo, del que podríamos decir es más ventajoso y útil que el comodato.

Cabe también aquí enumerar las reglas que Savigny da para la interpretación, y así veremos que los elementos gramaticales y lógicos del presente contrato están de acuerdo, aunque a primera vista parezca lo contrario, pues la expresión gramatical concuerda desde luego con el valor de la moneda en la fecha de la contratación; y la lógica dice que aquélla hubiera sido distinta de haberse tenido en cuenta la variación o de haberse verificado en la actualidad.

Y no es que aquí defendamos uno de los aspectos, no; lo mismo defenderíamos, y con los mismos argumentos, el otro supuesto de que el deudor fuese el perjudicado; lo que ocurre es que como en el contrato no se prevé esa oscilación, prueba aún más palpable y rotunda de la buena fe de los contratantes al acordar un valor a los objetos y de la seguridad de que su valor ha de serles satisfecho, puede invocarse el erróneo principio, en este caso, "stamdum est chartae", del fuero aragonés y, por tanto, seguir punto a punto literalmente el contrato, despreciando el axioma jurídico "la letra mata, el espíritu vivifica", y prescindiendo de la intención evidente de los contratantes, dejándolos a merced de las variaciones de la moneda, lo que sería tanto como convertir todos los contratos en que ésta puede intervenir, en aleatorio, con sus funestos resultados.

En cuanto al segundo punto, aspecto legal, hemos de de-

Digitized by Google

cir que el espíritu que nos ha guiado no es, si verdaderamente se observa, lo que afirmamos, sino que, atendiendo al interrogatorio, contestamos que hay fundamento legal, y añadimos que las reglas legales no abundan, debido, sin duda, a la insuficiencia de los Códigos antiguos, que no pudieron prever este moderno conflicto, y aun así podemos quizá apoyarnos en el párrafo 2.° del art. 1.281 del Código civil vigente, que dice: "Si las palabras parecieran contrarias a la intención de los contratantes prevalecerá ésta sobre aquéllas." Y también el axioma jurídico que en materia de contratación legó el Digesto a las Partidas y éstas a nuestra Jurisprudencia de atenerse a la intención de los contratantes.

PROBLEMA NUM. 15

¿El *boycott* entre patronos mercantiles es lícito? Legislación aplicable.

DICTAMEN DEL SEÑOR PANDO MUÑIZ.

BOYCOTT.—La palabra *boycott* o *boycotteo,* y también *boycottage,* que así dicen algunos afrancesados, es de origen inglés, más exactamente irlandés, si nos atenemos a las circunstancias históricas que consagraron este vocablo, neologismo en nuestra lengua castellana que indica el acuerdo de un gremio o clase que pone en entredicho a una persona o empresa, comprometiéndose a no comprarle o venderle cosa alguna, no trabajar para ella, etc.

Boycott era el segundo apellido del capitán inglés Carlos Cunninghan Boycott, que murió en 1897. Fué administrador de los bienes del Conde Erne, por los años de 1875, en el condado irlandés de Mayo, y se hizo tan odioso por su dureza para con los arrendatarios que la población se negó a trabajar con él, viéndose a punto de no poder levantar sus cosechas; así hubiese sido si el Gobierno no hubiera mandado tropas que recogieron aquéllas; despues de esto, el administrador hubo de abandonar el territorio. Desde entonces se aplicó la expresión *boycotting* a toda proscripción por parte del pueblo.

Digitized by Google

El primero que usó la palabra fué un periódico de Dublín en el año de 1880, haciéndose más tarde universal.

Como notas históricas diré que el *boycotteo* se ha ejercido en varios países; en todos los países, mejor dicho; pero los principales *boycotteos* que se registran son: el de los sveralistas prusianos negándose a consumir cerveza de las fábricas de Berlín y el de los turcos a los géneros importados de Austria, como protesta contra la anexión de la Bosnia.

Desde el punto de vista social cabe decir que el *boycotteo* no ha producido siempre los resultados apetecidos por quienes lo ejercitan, ya que fueron represalias, desquites en masa, privación de socorros no obligatorios, etc. Es arma de lucha, y como señal de ésta, expone a quienes la manejan a sufrir las consecuencias de los que resultan vencidos. El *boycott* representa en las luchas sociales de obreros y patronos una resistencia pasiva. Según el doctor Hans Reichel, austriaco, para la existencia del *boycott* se requiere el empleo del mismo por una masa: su empleo por uno solo no constituye propiamente *boycott*.

La apreciación jurídica del *boycott* ha oscilado, ha variado mucho según las épocas y hasta ahora no ha adoptado una fórmula definitiva. Negada su licitud en un principio, fué después ampliamente admitida.

Para Gide constituía el *boycott* un ataque directo no sólo a la libertad de la contratación, sino a la libertad individual, y decía que el procedimiento no podía ser utilizado en Francia por ilegal.

El Tribunal alemán declaraba, en cambio, en 1906 "que entre los actos permitidos se encuentran las coaliciones de trabajadores industriales para obtener mejoras en el salario y en las condiciones del trabajo, sin que sean ilegales las coaliciones ni las medidas que éstas adopten, *aunque perjudiquen a determinadas explotaciones industriales*. Hay, desde luego, un límite, el límite impuesto por las buenas costumbres. Declara el mismo año el Tribunal civil alemán lícita la conducta de los que practican el *boycott* siempre que por medio de la prensa informen al público y no empleen medios reprobables. Cuan-

Digitized by Google

do se excite a la lucha en nombre de la solidaridad obrera se entenderá reprobable.

Al contrario, el Tribunal federal suizo había declarado en el 96 ilícito el *boycott*. Con él —dice— se ataca un derecho reconocido del industrial. En el 99 el Tribunal cambió de criterio, y declaró que el *boycott* por sí mismo no era ilícito, salvo cuando se usaran intimidaciones o se fuese a él con el único ánimo de causar perjuicios o por malicia. En el 1906 se añade que el principio de la libertad industrial y comercial no puede ser invocado como opuesto al *boycott*. Este, sin embargo, será contrario al derecho si tiene por objeto la destrucción completa de la explotación del *boycotteado*. En 1908 se llegó ya a la licitud del *boycott*, aun cuando se propusiese la destrucción económica de la víctima, salvo que el atacante no obrara en defensa de intereses legítimos, por lo que había que determinar previamente de parte de quién estaba la justicia.

La sentencia del Tribunal Supremo del cantón de Zurich de 1914 (12-XII) establece la siguiente doctrina legal:

a) No se requiere la explicación al público por los *boycotteados* de las causas y objetos de la lucha. Las inteligencias son diversas y habría que ir explicando a cada uno según la suya.

b) Es contrario al Derecho el *boycott* que tenga por objeto la destrucción económica del atacado, porque la existencia económica es condición de la vida humana y se atacaría el derecho de vida (!!).

c) Determinar si un *boycott* es fundado o no objetivamente no parece muy dentro de la función de la *jurisdicción*, que significa: decir el Derecho.

d) Nadie dirá que es justo el *boycott* si se emplean medios ilícitos. No se podrán, por tanto, emplear engaños, amenazas, violencias, ataques al honor, y si se emplean, aparte de las responsabilidades criminales en que se incurran, se podrán reclamar daños y perjuicios.

¿Qué observamos a través de la evolución del criterio jurídico en la apreciación del *boycott*? Que indudablemente era de menos a más benigno, y que si antes *boycott* era sinónimo de crimen o poco menos, luego pasó a la categoría de cosa

Digitized by Google

inocente. Y así es: el *boycott* es una sanción social, y ésta es siempre legítima en su fondo; como que las sanciones sociales se traducen fatalmente en sanciones jurídicas; el derecho sigue al hecho. Y no sólo es legítimo en su fondo, lo es también en el procedimiento.

Si nosotros sabemos de un amigo que haga gala del deshonor, le volvemos la espalda; en la calle no le miramos; en las relaciones sociales de todo género prescindimos de él: se moriría de hastío si todos le juzgasen y tratasen como nosotros; pero en la vida social hay quien todo lo disculpa. En el aspecto económico de esa vida, la manga ancha no abunda tanto, siquiera sea por el interés tangible que supone lo económico; por eso no es difícil que muchos se coaliguen contra el que abusó en forma de malas condiciones del trabajo, de mal acomodo de los locales, en artículos que expidió en malas condiciones, etc., etc. Cuando estos factores se dan, el *boycott* contra ese patrono no sólo es lícito, sino necesario. ¿Cómo iría el obrero a esos talleres antihigiénicos, cómo consumiría esos productos? El procedimiento del *boycott,* más legítimo aún: "Nadie me obliga —dice el obrero— a trabajar con ese hombre, a comprar en sus almacenes; si me abstengo de ello no le ataco, ejercito sólo un derecho, y si de rechazo se arruina, eso no me interesa, ni al Estado le debe interesar: no se diga que su ruina es un ataque a su vida: la vida se conserva con los medios necesarios para ella, no con determinados almacenes o fábricas." Pudiéramos decir gráficamente que para conservar la vida basta con la vida. Es decir, no es necesario ser rico.

En la realidad, no obstante, el origen más frecuente del *boycott* es la antipatía de los obreros contra su patrono, que imaginan sistemáticamente contrario a sus intereses. Y el *boycott* declarado a ese hombre, sin más causa que ésa, no me parece un *boycott* legítimo, justo. Es decir, que la sentencia de 1908 del Tribunal federal suizo me parece muy cuerda al exigir que el *boycott* se fundase en causa justa. Ello, en Derecho, no ofrece duda; en la realidad, sin embargo, ofrecería dificultades esta previa declaración de derechos, este previo decir de parte de quién estaba la razón.

Digitized by Google

Con lo dicho anteriormente creo podré contestar escuetamente el tema presente, del modo que sigue: ¿El *boycott* entre patronos mercantiles es lícito? La licitud depende de la licitud de su causa: el comerciante indigno, que hubiese empleado procedimientos rufianescos, o vendido malos productos o incurrido en faltas parecidas, puede ser *boycotteado* por los demás patronos, que al hacerlo ejercitan un derecho de no comprarle o no venderle. Ningún comerciante está obligado a vender o comprar a una persona determinada.

Pero cuando la causa del *boycott* fuere el simple capricho de los *boycotteadores* que se proponen arruinar a su compañero, por ejemplo, en los casos de *trust*, entonces el *boycott* constituye un ataque directo e ilícito a la libertad de comercio, a costa de tantos sacrificios conquistada, y el legislador y el juez deben ampararla.

Una cuestión: ¿Podrán los *boycotteadores* llevar el *boycott* al extremo de negar al *boycotteado* los productos que se venden en tienda o almacén abierto al público? Me inclino a creer que no, porque es costumbre, uso mercantil general, vender los productos a los que a estas tiendas van a pedirlos; de modo que cuando esto no se hace se advierte con rótulos o carteles diciendo: "Reservado el derecho de admisión."

¿Y en cuánto a legislación aplicable?

Lo puede ser (por analogía) la citada de los Tribunales alemán y suizo, y desde luego, a falta de legislación mercantil, la común, de la que forma parte la Constitución de la Monarquía, que en el art. 12 da facultad para elegir la profesión, lo que supone "a fortiori" la protección en ella; y el art. 2.°, al conceder a los extranjeros facultad para ejercer en territorio español la industria o profesión, con más razón le concede a los nacionales.

En los casos de *boycott* ilícito estas normas o leyes podrían alegarse, aparte del espíritu que informa toda la legislación española. En caso de *boycott* lícito, los principios generales del Derecho.

(*Se continuará.*)

Digitized by Google

DOCUMENTOS
PARA LA HISTORIA DE BEJAR

POR

ANTONIO MARTIN LAZARO

El más antiguo documento de que tengo noticia en que se cite a Béjar es la Bula de Honorio III dirigida al obispo de Plasencia don Domingo, el 16 de diciembre de 1216. Fué publicada por fray A. FERNÁNDEZ en su *Historia y anales de Plasencia* (Madrid, 1627). En este mismo libro se publican otros documentos de Plasencia en que se cita a Béjar: diploma de Fernando III, confirmando los términos de la diócesis a instancia del obispo don Domingo e incluyendo a Béjar "et Beiar quod infra terminos ipsos situm comprobavit... facta charta apud Sanctum Iustum de Alcala quarto idus novembris era 1259 (año 1221)"; y Bula de Gregorio IX aprobando la composición entre la diócesis de Avila y la de Plasencia sobre la posesión que ésta tenía de la villa de Béjar, su partido y Tornavacas (año 1235).

El más antiguo documento existente hoy en los archivos de Béjar es del año 1232; pertenece a la parroquial iglesia del Salvador y lo publiqué en mi *Colección diplomática* de la citada Iglesia, impresa en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Madrid* (1921, núms. 13 y 16, y 1922, números 17 y 18).

El más antiguo documento del Archivo municipal bejarano es del año 1248, y lo edité en la *Colección diplomática del Municipio de Béjar*, en la citada *Revista* (1921, núms. 14 y 15).

Digitized by Google

Para completar estos elementos faltaba investigar la documentación del antiguo archivo de los Duques de Béjar, ya que desde el año 1396 pasa dicha villa a la jurisdicción de los Zúñigas en la persona de Diego López de Zúñiga, por cesión que de ella le hizo Enrique III, y bajo esta jurisdicción laical particular se mantuvo hasta la ley de abolición de los señoríos jurisdiccionales de 16 de agosto de 1811, que los incorporó a la nación, anulándose con ello los dictados de vasallo y vasallaje y toda prestación real y personal, salvo las estipuladas en contrato libre. El archivo de los Duques de Béjar entra, a final del siglo XVIII, a formar parte del de la casa de Osuna por el matrimonio de la entonces Duquesa de Béjar con don Pedro Girón, duque de Osuna. Por esa misma época debió venir el archivo (situado hasta entonces en Béjar) a Madrid, encargándose de su clasificación y arreglo de los papeles el sabio benedictino fray Liciniano Sáez, bajo cuya dirección se hicieron los ocho volúmenes de *Inventarios,* que aún se conservan, y en los que copia íntegros los documentos de mayor importancia jurídica y administrativa y se dan extractos de todos. El archivo de Osuna fué cedido al Estado en 1898, estando actualmente depositado en el Archivo Histórico Nacional. Un resumen general de sus papeles puede verse en la *Breve noticia del archivo que fué del Duque de Osuna,* publicada por el señor Alvarez Osorio en la *Revista de Archivos* (1906, vol. 2.°, pág. 79).

El más antiguo documento referente a Béjar de que nos da noticia fray L. Sáez en los *Inventarios* citados arriba, es el Fuero, al que asigna la fecha de 1211, basándose en una nota moderna (al parecer, del siglo XVIII) puesta en el mismo códice (1),

(1) Este códice (174 fols.) incompleto, estaba inédito hasta que lo publiqué en el periódico literario *Béjar en Madrid* (años 1919-1920). No se hizo tirada aparte. Un resumen del Fuero puede verse en QUADRADO: *Recuerdos y bellezas de España,* tomo de Salamanca, Avila y Segovia (Barcelona, 1865), y copiándolo (¡mal!) de Quadrado (¡sin citarlo!) en uno de los apéndices del *Fuero de Salamanca,* edición de Sánchez Ruano (Salamanca, 1870).

Del códice bejarano, que es un romanceamiento literal del *Forum Conche* (edit. Allen, Cincinnati, 1909-1910) he dado una descripción en *Revista de... la U. de Madrid* (1921, núm. 13, pág. 84, nota) y poseo fotografías de más de setenta folios.

Digitized by Google

que aún se conserva en el Archivo de Béjar y del cual debió existir copia en el de los Duques; pero, dejando esta fecha, que no es admisible por el momento, tenemos que el más antiguo documento para la historia de Béjar existente en el archivo ducal es de 1304. De este modo completaremos la documentación bejarana hasta 1500, es decir, la correspondiente a la Edad Media.

I.

Zamora, 11 de noviembre de 1304.

Carta de Fernando IV mandando al concejo de Béjar hagan pleito homenaje de la villa a don Alonso de la Cerda. Original perdido. Se conserva el texto en copia moderna. A. H. N., Osuna, leg. 213, núm. 3.

Sepan quantos esta carta vieren como yo D.n Fernando por la gracia de Dios rey de Castilla de leon de toledo de galisia de seuilla de cordoua de murcia de jaen ɛ del Algarbe ɛ sennor de molina otorgo ɛ conosco que uos el conçeio de beiar que teniedes por mi ɛ por esto yo vos quito el omenage que auiedes fecho de la villa de beiar ɛ uos do por buenos ɛ por leales ɛ madouos que fagades omenage della a Don Alonso fijo del infante Don Fernando que desde hoy dia en delant que esta carta es fecha que seades suyos ɛ lo recibiades por sennor en esta guisa que si yo le entregare todas aquellas villas ɛ los logares ɛ las otras cosas que el rey de aragon ɛ el rey de portogal dieron por sentencia que le entregase que Don Alonso que me entregue todas las villas ɛ los logares que el tiene que estos reyes sobre dichos dieron por sentencia que me entregase ɛ el non me los entregando que uos que uos tornedes para mí ɛ que seades míos asi como antes erades ɛ non de Don Alonso Et de esto yo uos mande dar esta mi carta auierta ɛ seellada con mio seello de çera colgado. Dada en Çamora dia de san martin onçe dias de nouiembre del era de mill ɛ treçientos ɛ quarenta ɛ dos annos = yo Bartolome Gomez la fiz escriuir por mandado del rey = Johan Guillen = Pero Gomez (1).

(1) La sentencia a que se refiere este documento fué pronunciada en Tarazona el 20 de abril de 1304. En ella se señala Béjar *por heredamiento suyo ɛ franco elodio* al infante don Alonso. Fué publicada por mosén Diego de Valera en su *Crónica abreviada de España*. Sevilla, Jacobo Cromberger, 1517 (fols. 88 a 89 vto.).

Digitized by Google

2.

Lisboa, 20 de agosto de 1384.

Carta de Juan I comunicando al concejo de Béjar el cambio que hace con su mujer doña Beatriz de aquella villa por la de Tordesillas que tenía esta señora. Original, papel 300 × 240 mm.; letra de albalaes. A. H. N., Osuna, leg. 213, núm. 3.

Don Johan por la gracia de dios rey de castilla de leon ꝛ de portogal de toledo de gallisia de seuilla de cordoua de murcia de jaḥen del algarbe de algeciras et sennor de lara ꝛ de vizcaia ꝛ de molina Al conçeio ꝛ oficiales ꝛ omnes buenos ꝛ vesinos ꝛ moradores dela villa de bejar ꝛ de su termino que agora son o seran daqui adelante ꝛ qualquier o qualesquier de uos que esta nuestra carta vieren o el traslado della signado de escriuanno publico sacado con actoridad de Iues o Alcallde salud ꝛ gracia.

Facemos vos saber que quando nos ficiemos donacion al rey de Armenia de las villas de Madrid ꝛ de Andujar le diemos ꝛ ficiemos donacion de la villa de Villarreal las rentas ꝛ derechos de la cual pertenescian en este tiempo a la reina Dñ. Beatriz mi mujer Et por quanto las dichas Rentas ꝛ derechos dimos al dicho rey con el sennorio de la dicha villa Et otrosi por que nos tomamos agora para la nuestra corona real el sennorio de la villa de Otero de siellas que era fasta aqui de la dicha reina Por ende es nuestra merced de darsela a dicha Reina Dñ. Beatriz mi muger ele fazer donacion delas nuestras Rentas ꝛ derechos que nos auemos en esa dicha villa ꝛ en su termino que las aya en enmienda de las Rentas ꝛ derechos que ella auia en la dicha villa de Villarreal ꝛ de le dar el sennorio ꝛ la justicia dela dicha de Bejar ꝛ de su termino en enmienda del sennorio que ella habia en la dicha villa de otero de siellas Et por esta nuestra presente carta fasemos donacion ala dicha Reyna delas dichas Rentas ꝛ derechos de esa dicha villa ꝛ de su termino que nos y auemos ꝛ nos pertenescen auer ꝛ del sennorio ꝛ justicia della ꝛ de su termino para que las aya por las rrasones sobre dichas Porque vos mandamos a todos ꝛ acada vnos deuos que rescibades ꝛ ayades daqui adelante por vuestra sennora ala dicha Reyna mi mujer ꝛ que obedescades ꝛ cumplades sus mandamientos ꝛ vengades a sus emplasamientos ꝛ a sus llamamientos Et que le rrendades ꝛ fa-

Digitized by Google

gades rrendir con todas las rrentas ɛ derechos desa dicha villa ɛ de su termino ɛ alos que por ella lo ouieren de rrecabdar segunt mejor ɛ mas complidamente a nos pertenesçen Et los vnos ɛ los otros non fagades ende al por alguna mannera so pena de la nuestra merçed Et desto mandamos dar a la dicha Reyna esta nuestra carta firmada de nuestro nombre ɛ sellada con nuestro sello mayor Dada en el nuestro real de sobre lisbona a veynte días de agosto anno del naçimiento de nuestro sennor ihesu xristo de mill ɛ trescientos ɛ ochenta ɛ quatro annos = Nos el Rey.

3.

Sevilla, 4 de marzo de 1396.

Carta de Enrique III dando a su madre doña Beatriz la villa de Villarreal y la merindad de Valladolid por Béjar. Osuna, 213, núm. 8. Es copia del siglo xvii.

Don Enrrique por la gracia de Dios rey de Castilla *etc* Por quanto entre mi ɛ vos la reina Dñ. Beatriz mi madre muger que fuisteis del Rey Don Juan mi sennor ɛ mi padre es tratado ɛ concordado que vos que me dedes ɛ dexedes la buestra villa de Bejar con su Alcaçar ɛ con todos sus aldeas terminos ɛ pertenencias que le pertenescen asi de fecho commo de derecho ɛ con toda su jurisdiccion ceuil ɛ criminal ɛ con el mero mixto imperio ɛ con todas sus rentas ɛ pechos derechos de venimientos Yo que vos de en trueque a la mi villa de Villarreal con su alcaçar ɛ con todas sus aldeas ɛ terminos ɛ con la justicia ceuil ɛ criminal ɛ con el mero mixto imperio ɛ con todas sus Rendas ɛ pechos ɛ derechos ɛ deuenimientos salvo monedas ɛ alcaualas segun todo esto mas cumplidamente se contiene en las cartas ɛ recaudos sobre esta rrazon fechos ɛ otorgados entre mi ɛ vos la dicha reina mi madre Por ende yo el sobre dicho rey Don Enrique de mi cierta sciencia y expreso consentimiento otorgo que do demas a vos la dicha reina Donna Beatriz mi madre en enmienda del dicho troque que vos con migo ficisteis de la dicha villa de Bejar con sus terminos ɛ alcaçar en la mannera que dicha es la merindad dela dicha vuestra villa de Valladolid para que vos la dicha Reyna Doña Beatriz hayades la Merindad dela dicha villa de valladolid por todo el

Digitized by Google

tiempo e mannera que vos haviades e tener debiades la dicha villa de Bejar. Et yo el sobre dicho rey Don Enrique prometo en mi fe real que agora e en todo tiempo aure e aya por firme e estable lo en esta carta contenido e contra ello non verne por alguna mannera sin raçon e desto mande dar esta mi carta firmada de mi nombre e seellada con mi sello de plomo en pendiente Dada enla muy noble cibdad de seuilla quatro dias andados del mes de março anno del nascimiento de nuestro saluador ihesu christo de mill e trescientos e nouenta e seis annos = Yo el Rey = Yo Diego Sanchez la escribi por mandado de nuestro sennor el rey.

4.

Simancas, 22 de marzo de 1396.

La reina viuda doña Beatriz acepta el trueque de su villa de Béjar por la de Villarreal y merindad de Valladolid. A. H. N. Osuna, leg. 213, núm. 8. Es copia del XVII.

D.n Beatriz por la gracia de Dios reyna de Castilla de leon e de portugal muger que fui del rey don Johan que Dios perdone. Por quanto entre vos mi fijo e sennor rrey Don Enrrique es tratado e concordado que vos que me dedes la vuestra villa de Villarreal con su alcaçar e con todas sus aldeas e terminos e con la justicia ceuil e criminal mero mixto imperio pechos e derechos e deuenimientos e otro si la merindad dela mi villa de Valladolid e que yo que vos de en trueque e en enmienda ala mi villa de Bejar que yo tengo e su alcaçar e con todas sus aldeas e terminos e preminencias que le pertenescen asi de fecho commo de derecho e con toda su jurisdiccion ceuil e creminal e con el mero mixto imperio e con todas sus rrentas e pechos e derechos e deuenimientos por ende yo la dicha reyna Dn. Beatriz de mi scierta sciencia e expreso consentimiento otorgo e conosco que he fecho e fago este troque susodicho de la dicha mi villa de Bejar con todas sus aldeas e con el dicho su alcaçar por la dicha villa de Villarreal con todas sus aldeas e terminos e por la merindad de la dicha mi villa de Valladolid a vos el dicho mi sennor e mi fijo el rey don Enrique que dios mantenga de la forma y manera que de suso es obligado Et quiero que vos el dicho sennor rrey hayades por cosa vuestra la dicha villa de Bejar con su

Digitized by Google

alcaçar ꝛ sus aldeas ꝛ todo lo que dicho es pora faser dello lo que la vuestra merced fuere ꝛ yo que haya la dicha mi villa de Valladolid con todo lo que dicho es por el tiempo ꝛ la forma ꝛ manera que yo tenia la villa de Bejar con todo lo que dicho es ꝛ obligome ꝛ prometo en mi fe reginal que agora ꝛ en todo tiempo aya ꝛ aure por firme ꝛ estable este dicho troque ꝛ todo lo en esta carta contenido ꝛ contra ello non verne por alguna mannera ni raçon ꝛ desto yo la dicha reyna Beatriz mande dar esta carta firmada de mi nombre ꝛ seellada con el mi seello mayor de cera en pendiente Dada en Simancas mi lugar veinte ꝛ dos dias de março anno del nascimiento de nuestro sennor ihesu christo de mill ꝛ tresçientos ꝛ nouenta y seis = Yo Vasco martines la fiz escriuir por mandado de la reyna = yo la reyna.

5.

Béjar, 27 de julio de 1397.

Pleito homenaje hecho por el concejo a don Diego López de Zúñiga como señor de la villa. Va inserto un traslado de la carta de Enrique III dada en Sevilla el 5 de abril de 1396 permutando la villa de Béjar por la de Frías con don Diego López de Zúñiga. Original; papel; es un cuaderno de 9 folios útiles de 225 × 155 mm. A. H. N. Osuna., leg. 213, núm. 9.

En la villa de bejar veynte ꝛ siete dias del mes de jullio anno del nascimiento de nuestro sennor ihesu christo de mill ꝛ trescientos ꝛ nouenta ꝛ siete annos En presencia de mi juan alfonso escriuanno publico por nuestro sennor diegos lopez en la dicha villa de bejar ꝛ en su termino et de los testigos de yuso escriptos Estando el conçeio de la dicha villa ayuntados dentro en la iglesia de Sant Saluador de la dicha villa de bejar llamados por campanna repicada segun que lo han de uso ꝛ de costumbre Et estando en el dicho conçeio sancho sanchez ꝛ blasco ferrandes ꝛ alfonso sanches ꝛ pablo fernandes ꝛ diego gomes ꝛ pedro aluares ꝛ ferran alfonso de bejar ꝛ ferran alfonso de alua que son delos omnes bonos rregidores del dicho conceio Et otrossi estando y ferran sanches alcalde dela dicha villa por el dicho sennor diego lopes paresçio en el dicho conçeio diego sanches escriuanno de nuestro sennor el rey vesino de la dicha villa Et mostro enel dicho conçeio ꝛ fizo leer por mi el dicho escriuanno vna carta del dicho sennor diego lopes escripta en papel ꝛ firmada de

Digitized by Google

su nombre ꝛ seellada con su sello de cera bermeja enlas espaldas el tenor de la cual es este que se sigue = Conçejo rregidores ꝛ alcalle ꝛ oficiales ꝛ omnes bonos de la mi villa de bejar yo diego lopes de stunniga justicia mayor del rey ꝛ sennor desa dicha villa vos embio mucho saludar como aquellos pora quien mucha onrra ꝛ buena ventura quiero ꝛ fago vos saber que diego sanchez mi criado ꝛ mi escriuanno vuestro veçino va agora alla asu casa al qual yo mande que vos dixese algunas cosas segunt que mas largamente vos el dira por que vos mando que del dicho diego sanches creades de todo lo que vos dixese de mi parte Et lo fagades ꝛ cumplades asi como sy yo mismo vos lo dixere ꝛ mandase ꝛ faser me he de enello plaçer ꝛ seruiçio Et non fagades ende al fecha dos dias de jullio anno del nasçimiento de nuestro sennor ihesu christo de mill ꝛ tres cientos ꝛ nouenta ꝛ siete annos = Diego lopes = Et la dicha carta presentada ꝛ leyda por mi el dicho escriuanno enel dicho conçeio el dicho diego sanches pidio al dicho conçeio ꝛ rregidores ꝛ alcalle quela cumpliesen entodo segunt se enella contenia que el que estaua presto para les dejar la creençia que el dicho sennor diego lopez le mandara que les dixere Et el dicho concejo ꝛ alcallde et rregidores dixeron que obedescian ha dicha carta del dicho sennor diego lopez conla manda ꝛ rreuerençia que podian et deuian vista como carta et mandado desu sennor aquien dios mantenga por muchos tienpos ꝛ luengos annos Et que dixian al dicho diego sanches queles diese por escripto las cosas de creençia que el dicho diego lopes le mandara que les dixese desu parte Et que ellos estauan prestos para las fazer ꝛ complir Et luego el dicho diego sanches dixo quelo que el dicho sennor diego lopes afuera de otras cosas le mandara que dixiese de su parte al dicho conçeio ꝛ rregidores ꝛ alcalle es que el ha ordenado su testamento enel qual dexa despues de sus dias sta dicha villa ꝛ su tierra segunt quela el agora ha apedro destunniga su fijo mayor legytimo por mayorazgo Et queles enbiara mandar que luego fagan pleito ꝛ omenaje al dicho pedro destunniga para que despues delos dias del dicho diego lopes rresçiban ꝛ tengan por su sennor al dicho pedro destunniga Et que el por virtud dela dicha creençia que asi gelo dise desu parte del dicho sennor diego lopes Et pidio ami el dicho escriuanno que gelo de signado de-

Digitized by Google

mi signo Et que para que el dicho conçeio ɛ rregidores ɛ alcalle sean mas çiertos que el dicho diego lopes tiene ɛ ha liçencia del dicho sennor rrey para lo sobre dicho presento y luego ɛ fizo leer por mi el dicho escriuanno dos cartas escriptas en pergamino de cuero ɛ signadas del nombre del dicho sennor rrey Et la vna sellada con su sello de plomo colgado en filos de seda acolores el tenor delas quales es fecho en esta guisa = Don Enrrique por la gracia de dios rey de castilla de leon de toledo de gallisia de seuilla de cordoua de murcia de jaen de algarbe de algesira Et sennor de viscaya ɛ de molina por quanto entre mi ɛ vos diego lopes de stunniga mi vasallo ɛ mi justicia mayor es tratado ɛ concordado que vos me dedes ɛ dexedes la vuestra villa de frias que vos agora tenedes et posseedes con su castillo ɛ con todas sus aldeas ɛ terminos ɛ pertenencias que le pertenesçen asi de fecho como de derecho ɛ con toda su jurisdicion ceuil ɛ criminal ɛ mero mixto imperio ɛ con todas sus rentas ɛ pechos ɛ derechos ɛ deuenimientos ɛ la qual dicha villa con todo lo que sobre dicha es vuestra ɛ pertenesçe auos Et que yo que vos de permutaçion con vos el dicho diego lopes de la dicha mi villa de bejar con su alcaçar ɛ con todas sus aldeas ɛ terminos ɛ pertenencias que le pertenesçen asi de fecho commo de derecho ɛ con toda su jurisdiccion ceuil ɛ criminal ɛ mero mixto imperio ɛ con todas sus rrentas ɛ pechos Et derechos ɛ deuenimientos saluo monedas ɛ alcaualas la qual dicha villa de bejar yo oue dela rreyna donna beatriz mi madre muger que fue del Rey don juan my padre que Dios perdone por troque que con ella fise quele dy por ella a villa real con su alcaçar Et jurisdiccion ɛ otras cosas segunt en las cartas de dicho troque mas largamente es contenido Por en de yo el sobredicho rrey don enrrique de mi cierta sciençia ɛ expreso consentimiento otorgo que fago troque ɛ permutaçion con vos el dicho diego lopes de la dicha mi villa de bejar con su alcaçar ɛ con todas sus aldeas ɛ terminos ɛ pertenençias que le pertenesçen asi de fecho como de derecho ɛ con las justicias ceuil ɛ criminal alta ɛ baxa ɛ con todas las dichas sus rrentas ɛ pechos ɛ derechos ɛ deuenimientos por la dicha vuestra villa de frias con su castillo ɛ con todas sus aldeas ɛ terminos ɛ pertenencias que le pertenescen asi de fecho commo de derecho con toda su jurisdiccion ceuil ɛ criminal ɛ conel me-

Digitized by Google

ro mixto imperio ɛ con todas las dichas sus rentas ɛ pechos ɛ derechos ɛ deuenimientos para que vos el dicho diego lopes ayades la dicha villa de bejar con todo lo que dicho es por cosa vuestra propia libre ɛ para vos ɛ para vuestros herederos para siempre jamas Et para que podades faser dela dicha villa de bejar con todo lo que dicho es todo aquello que vos quesieredes ɛ por bien tenieredes Et demas desto para que podades faser ɛ ordenar ɛ disponer entre biuos o en postremera voluntad dela dicha villa de bejar con todo lo que dicho es todo ɛ aquello ɛ por aquella mannera ɛ forma ɛ con aquellas condiciones ɛ manneras ɛ otras cosas quales quier que vos pudierades faser ɛ ordenar ɛ disponer entre biuos o en postremera voluntad o en testamento dela dicha vuestra villa de frias con todo lo que dicho es segunt que mejor ɛ mas conplidamente se contiene enlas cartas priuillegio o priuillegios que en esta rrason tenedes Et que yo que aya para mi ɛ por mia la dicha villa de frias con su castillo ɛ aldeas ɛ con todo lo que dicho es Et para faser della ɛ dello lo que mi merçed fuere Et lo que yo quisiere asi como de cosa mia entera mente Et yo el sobre dicho rrey don enrrique prometo en mi fe rreal que agora ɛ en todo tiempo tenga ɛ aya por firme Et estable este dicho troque ɛ todo lo en esta carta contenido ɛ contra ello non verme por alguna mannera nin rrason Et por esta mi carta o por el traslado della signado de escriuanno publico mando al conçeio ɛ ofiçiales ɛ omnes buenos de la dicha villa de bejar ɛ otrossi alos conçeios de las aldeas de la dicha villa de bejar que vos rresciban ɛ ayan ɛ obedescan agora ɛ de aqui adelante por sennor de la dicha villa de bejar ɛ de sus terminos ɛ de todo lo que dicho es avos ɛ a vuestros heredero o herederos que yo les quito por esta carta o por su traslado vna ɛ dos ɛ tres veses qualquier o qualesquier pleito et omenaje pleitos ɛ omenajes o juras que por la dicha villa con todo lo que dicho es et por qual quier cosa dello me tengan fechos ami o a otra persona qualquier Et non fagan ende al sopena dela mi merçed ɛ de dies mill marauedis desta moneda vsual acada vno por quien fincar delo asi faser ɛ conplir la meytad para mi camara Et la otra meytad para vos el dicho diego lopes ɛ para vuestros heredero o herederos Et demas es mi merced ɛ mando que vos el dicho diego lopes o quien vos mandaredes prodades ɛ puedan tomar la po-

Digitized by Google

sesion ꝛ tenençia dela dicha villa de bejar por vos mesmos sin jues ꝛ sin alcalle ꝛ por mayor abondamiento yo por esta carta que luego vos entregue ꝛ he entregado para vos el dicho diego lopes la tenençia ꝛ posesion ꝛ sennorio de la dicha villa de bejar con todos sus terminos ꝛ de todo lo que dicho es Et desto mande dar esta mi carta firmada de mi nombre ꝛ sellada con mi sello de plomo en pendiente Et mando al mi chanceller ꝛ contadores ꝛ notarios ꝛ a los otros que estan ala tabla delos mis sellos ꝛ acada vno dellos que agora ꝛ en todo tiempo fagan ꝛ den ꝛ sellen a vos el dicho diego lopes Et a vuestros heredero o herederos cartas et priuillegios los mas conplidos que se puedan con grandes penas sobresta rrason por que toda via es mi merçed que esta mi carta vala ꝛ sea firme ꝛ que se non saquen otros priuilegios ꝛ cartas Dada enla muy noble cibdad de seuilla cinco dias de abril anno del nascimiento de nuestro saluador ihesu christo de mill ꝛ trescientos y nouenta ꝛ seis annos yo diego sanches la fis escriuir por mandado de nuestro sennor el rey = yo el Rey = [*Aquí copia la donación de la villa de Frías, hecha por Enrique III a Diego López de Stunniga, en Illescas, 29 de enero de 1394.*] Et las dichas cartas del dicho sennor Rey et otrossi del dicho sennor diego lopes presentadas et leidas por mi et otrosi dicha la dicha creençia por parte del dicho sennor diego lopes por el dicho diego sanches Et el dicho conçeio ꝛ rregidores ꝛ alcalle dixieron que les plasia de faser el dicho pleito ꝛ omenaje al dicho pedro destunniga por esta dicha villa segunt que por el dicho sennor diego lopes les era enbiado mandar Et el dicho diego sanches diria de su parte Et luego el dicho conçeio ꝛ rregidores ꝛ alcallde dixeron que fasian ꝛ fisieron este pleito ꝛ omenaje que se sigue Nos el conceio ꝛ rregidores ꝛ alcallde dela villa de bejar de liçencia ꝛ mandado de nuestro sennor diego lopes destunniga Et en cumplimiendo lo que el dicho diego sanches nos dixo ꝛ mando por la dicha creençia de parte de nuestro sennor el Rey fasemos pleito ꝛ omenaje vna ꝛ dos ꝛ tres veses a pedro destunniga fijo mayor legytimo del dicho diego lopes nuestro sennor Et juramos sobre la sennal dela crus ꝛ las palauras delos santos euangelios con nuestras manos derechas corporalmente tanidos que despues delos dias del dicho sennor lopes nos rrescibiremos ꝛ avremos por nuestro sennor al dicho pe-

Digitized by Google

dro de estunniga Et por mayor abondamiento desde lo rresçibimos por sennor despues de los dias del dicho diego lopes su padre Et otrosi prometemos que cumpliremos sus cartas Et mandamientos asi commo de nuestro sennor ɛ le rrendiremos con todas las rrentas ɛ pechos ɛ derechos que pertenescen al sennorio dela dicha villa Et sy lo asy non fisieremos Et cumplieremos que seamos por ello perjuros ɛ fementidos ɛ traydores Et demas que paguemos en pena al dicho pedro cient mill marauedis desta moneda Et el qual dicho pleito ɛ omenaje ɛ juramento fecho dixieron el dicho conçeio ɛ rregidores ɛ alcallde que lo fasian enla mannera que dicho es guardando sienpre el sennorio real de nuestro sennor el rrey Et el sennorio del dicho diego lopes en toda su vida Testigos que fueron presentes aluar martines ɛ gil ferrandes el moço ɛ sancho sanches el moço ɛ aluar sanches ɛ aluar blasques ɛ lope dias ɛ diego gil de sant gil Et otros vesinos dela dicha villa de bejar Et yo iohan alffonso escriuano publico ssobre dicho ffuy presente a todo esto que sobre dicho es con los dichos testigos Et vy en como el dicho concejo ɛ rregidores ɛ alcallde fisieron el dicho pleyto ɛ omenage en la mannera que de suso dicho es Et apedimiento del dicho diego sanches fiz escriuir esta escriptura que va escripta en nueue fojas deste quaderno con esta en que va puesto mi signo Et van cosidas con filo cardeno de lino Et de parte de çima decada foja va tachado Et de parte de ffondon de cada foja va escripto mi nombre Et fize aquí este mio sig † no atal en testimonio (1).

6.

Segovia, 10 de abril de 1407.

Albalá de Juan II concediendo feria de Béjar el primero de agosto y quince días después. Original, papel, muy estropeado. A. H. N., Osuna, leg. 214, núm. 10.

Don Juan por la gracia de dios rrey de Castilla de leon de

(1) El privilegio solemne de Enrique III cambiando la villa de Béjar por Frías, fué fechado en *Córdoba 8 de junio de 1396*. Sobre Diego López de Zúñiga, véase a *Pellicer Oaau*: *Grandeza del condado de Miranda* (Madrid, 1647), y *Paredes* en *Revista de Extremadura*: "*Los Zúñigas, señores de Plasencia* (años 1903 y sigs. hasta 1909), que parece desconocer el libro de Pellicer, muy bien hecho dentro de su época, aunque hoy resulte ya fuera de los métodos históricos actuales.

Digitized by Google

toledo de galisia de sevilla de cordoba de murcia de jahen del algarbe de algeciras sennor de viscaya ɛ de molina por faser bien ɛ merced a vos Diego lopes destunniga mi justicia mayor ɛ al concejo ɛ alcaldes ɛ alferez ɛ oficiales ɛ omnes buenos de la vuestra villa de Bejar tengo por bien ɛ es mi merced que haya feria enla dicha villa de aqui adelante con las franquezas ɛ libertades de las otras cibdades ɛ villas ɛ lugares de los mis Regnos que han feria lo qual mando hagan pregonar por... los mercados de las villas y lugares mas cercanos porque la dicha feria sea publica ela fagan enel primero dia del mes de agosto ɛ que dure quince dias primeros siguientes ɛ por esta mi carta mando al mi... ɛ escriuannos ɛ los otros oficiales que estan a la tabla de los mis sellos que den ɛ libren ɛ sellen al dicho conçeio dela dicha villa de Bejar las cartas ɛ privilegios que les pidieren ɛ menester ouieren Et desto uos mande dar esta carta firmada de mi sennora madre la reyna ɛ del infante don Ferrando mi tio mis tutores ɛ rregidores delos mios regnos ɛ seellada con mi seello dada en la cibdat de Segouia diez dias de abril anno del nascimiento de nuestro sennor ihesu christo de mil quatrocientos siete annos = Yo rodrigo yannez la fize escriuir por mandado delos sennores reyna ɛ infante tutores de nuestro sennor el rey ɛ regidores de sus regnos = yo la reina = yo el infante.

7.

Béjar, 31 de octubre de 1417.

Poder otorgado por el concejo a Gil Fernández y otros para que en su nombre hagan pleito homenaje a don Pedro de Zúñiga. Original, papel 258 × 160 mm., cortesana. A. H. N., Osuna, leg. 214, núm. 38.

Sepan quantos esta carta de procuraçion vieren commo nos el concejo dela villa de bejar estando ayuntados dentro en la eglesia de sant saluador de la dicha villa llamados por campana repicada segun lo avemos de vxo ɛ de costumbre Et estando enel dicho concejo alfonso sanches de santa maria ɛ aluar martines ɛ gil ferrandes ɛ ferrant alfonso de bejar ɛ ferrant alfonso de alua ɛ gil lopes ɛ ferrant sanches que son de los omnes bonos rregidores que han de ver ɛ ordenar los fechos ɛ façienda del dicho concejo Et otrosi estando y presentes sancho

Digitized by Google

sanches ɛ alfonso gomes alcalldes en la dicha villa por nuestro sennor pedro destunniga Et sancho sanches escriuanno procurador de los pecheros dela dicha villa otorgamos ɛ conoscemos que fasemos ɛ damos ɛ estableçemos por nuestros ciertos personeros generales suficientes ɛ abondantes procuradores segunt que mejor ɛ mas complidamente lo pueden ɛ deuen ser de fecho ɛ de derecho mas valer alos dichos gil ferrandes ɛ gil lopes ɛ ferrant sanches Regidores et alfonso gomes alcallde ɛ sancho sanches procurador Et alfonso martines fijo de aluar martines veçinos ɛ moradores en la dicha villa de bejar a todos seys juntamente especialmente para que por nos ɛ en nuestro nombre puedan parescer ɛ parescan antel dicho sennor pedro o ante quien el mandare Et le fagan pleito ɛ omenage por esta villa Et lo rresçiban por nuestro sennor ɛ fagan ɛ cumplan todas las cosas que su seruicio sea ɛ les el mandare ɛ para que le pidan merçed enque nos guarde nuestro fuero ɛ todos buenos vsos ɛ buenas costumbres ɛ franquesas que esta su villa ha Et para faser ɛ decir ɛ rrasonar todas aquellas cosas ɛ cada vna de ellas que nos mesmos fariamos ɛ diriamos ɛ rrasonariamos presentes seyendo Et todo quanto estos dichos nuestros procuradores sobre la dicha rraçon fisieren ɛ dixieren ɛ rrasonaren ɛ otorgaren Et pleito ɛ omenage que fisieren Et rrescibimiento que rresçibieren nos lo otorgamos todo Et lo avremos por firme ɛ por valedero para agora ɛ para siempre jamas Et non yremos nin vendremos contra ello nin contra parte dello nos nin otro por nos en tiempo que sea so obligaçion de nos mesmos ɛ de los bienes del dicho conçejo Et de todos los vesinos ɛ moradores de la dicha villa ɛ de se su termino que para ello obligamos Et porque esto sea firme ɛ non venga en dubda rrogamos a pero gonsales escriuanno publico en la dicha villa de bejar por el dicho sennor pedro Et delos fechos del dicho concejo que escriua o faga escriuir esta carta Et la signe consu signo fecha en bejar postrymero dia del mes de octubre anno del nascimiento de nuestro sennor ihesu christo de mill ɛ quatrocientos ɛ dies ɛ siete annos testigos que fueron presentes ferrant sanches alguasil ɛ toribio ferrandes del barco ɛ alfonso sanches de sant gil vesinos de bejar = Et yo pero gonçales escriuano publico sobre dicho fuy presente a todo esto que di-

Digitized by Google

cho es con los dichos testigos Et porque paso ante mi escriui esta carta de procuraçion Et fis aqui este mio signo atal † en testimonio = pero gonçales =

8.

Valladolid, 8 de noviembre de 1417.

Pleito homenaje de la villa de Béjar hecho en virtud del poder precedente a don Pedro de Zúñiga. Original, papel 215 × 305 mm. Muy estropeado. A. H. N., Osuna, leg. 214, núm. 39.

Sepan quantos esta carta vieren commo nos gil fernandes ɛ gil lopes ɛ ferrand sanches rregidores ɛ aluar gomes alcallde ɛ sancho sanches procurador ɛ aluar martines fijo de aluar martines vesinos ɛ moradores que somos enla villa de bejar ɛ procuradores que somos del concejo dela dicha villa segund se contiene enla carta del poder que del dicho concejo tenemos que es signada de escriuanno publico el tenor dela qual es este que se sigue: [*Aquí copia el documento anterior*]. Et por virtud del dicho poder... ɛ otorgamos en nombre del dicho concejo ɛ omnes buenos dela dicha villa de bejar Et por nos que fasemos pleito ɛ omenage Et juramos... en esta sennal de † que con nuestras mannos tennemos corporalmente ɛ ante el escriuanno publico ɛ testigos de yuso escriptos... ɛ omnes buenos vesinos ɛ moradores enla dicha villa de bejar ɛ su tierra... ɛ nos en su nombre... buenos ɛ leales Et verdaderos vasallos del dicho sennor pedro destunniga Et que guardaran ɛ guardaremos lealmente su vida y salud... Et que donde vieren ɛ vieremos su onrra ɛ prouecho que lo alegaran ɛ alegaremos Et que donde vieren ɛ vieremos su danno ɛ despresio que gelo arredraran ɛ arredraremos ɛ que donde non podiesen nin podiesemos quele aperçibiran ɛ apercibiremos dello luego que asu notiçia del dicho concejo ɛ nuestra veniere Et que sera ɛ seremos obedientes a sus llamamientos ɛ mandamientos asi commo buenos ɛ leales vasallos lo deuen ser de su sennor Et que guardaran ɛ guardaremos sus poridades ɛ secretos ɛ le guardaremos leal vasallaje ɛ toda fialdad Et todas las otras cosas que buenos ɛ leales vasallos deuen guardar a su sennor Et en conoscimiento de sennorio por nos en el dicho nombre besamos las manos al dicho pedro destunniga nuestro sennor en

Digitized by Google

presencia del dicho escriuanno ɛ testigos de yuso escriptos al qual dicho escriuanno rrogamos ɛ pedimos que torne todo esto en publica forma ɛ lo de signado con su signo al dicho sennor pedro destunniga Et a los presentes que sean dello testigos Fecha ɛ otorgada fue esta carta en Valladolid lunes ocho dias de nouiembre anno del nasçimiento de nuestro sennor ihesuchristo de mill ɛ quatrosientos ɛ dies ɛ siete annos testigos que a esto fueron presentes rrogados ɛ llamados gil gonçales de auila maestre sala del rey ɛ mosen arnao bernal alguasil del dicho sennor rey ɛ marcos dias alguasil de bejar ɛ esteuan sanches ɛ ferrand alfonso fijo de diego ferrandes bohon vesinos dela dicha villa de bejar Et yo rrodrigo yannes escriuanno de Camara de nuestro sennor el rey ɛ su escriuanno publico en la su corte ɛ en todos los sus regnos vi todo esto que dicho es en vno conlos dichos testigos presente ffuy Et por ruego ɛ con otorgamiento delos sobre dichos procuradores dela dicha villa de bejar ɛ de su tierra esta carta fise escriuir Et mio ssig † no aqui ffise que tal es en testimonio.

9.

Valladolid, 10 de noviembre de 1417.

Venta de unos palacios y casas sitos en Béjar, otorgada por don Gonzalo de Zúñiga, obispo de Plasencia, a don Pedro de Zúñiga su hermano. Original, pergamino, letra cortesana, 260 × 345 mm. A. H. N., Osuna, leg. 214 docto. núm. 21.

Sepan quantos esta carta de rrobra vieren commo nos don gonçalo de astunniga obispo de la çibdad de plasençia ɛ su diocesis otorgamos ɛ conoscemos que vendemos ɛ robramos ɛ apoderamos por juro de heredat para siempre jamás a vos mi sennor ɛ mi hermano pedro destuniga justicia mayor del rey ɛ sennor de gibraleon Et otrosy sennor de la villa de bejar diocesis de la dicha cibdad ɛ obispado para vos ɛ para vuestros herederos perpetuamente vnos palacios ɛ casas que nos avemos enla dicha vuestra villa de bejar ɛ pertenescen ɛ son de la nuestra mitra obispal que han por linderos casas de alfonso sanches del rrey vuestro vasallo ɛ las calles conçejales las quales son cerca ɛ cabe la Eglesia de Santa maria de la dicha villa de Bejar las quales dichas casas ɛ Palacios uos vendemos ɛ robramos por

Digitized by Google

el poder que nos havemos asi commo obispo de la dicha cidad ɛ su diocesis con todas sus entradas ɛ salidas ɛ con todos sus derechos ɛ acciones ɛ pertenencias quantas han ɛ auer deuen de fecho ɛ de derecho ɛ por precio ɛ quantía cierto ɛ nombrado dos mill ɛ quinientos florines de oro buenos ɛ de justo peso ɛ de fino oro delos del cunno de aragon que de uos rescevimos ɛ son para el ayuda ɛ satisfaccion ɛ parael paramento de algunas cosas que son necesarias así para la dicha nuestra mesa obispal commo para rreparos de nuestra camara e capilla de los quales dichos dos mill ɛ quinientos florines de oro nos otorgamos por bien pagado a toda nuestra voluntad porque los rrescibimos de vos ɛ pasaron a nuestro uso ɛ poder luego antel escriuanno notario ɛ testigos que fueron presentes contenidos en esta carta ɛ aun a mayor abondamiento renunciamos ɛ partimos de nos ɛ de nuestro derecho ɛ dela dicha mesa obispal ɛ de otro o otros que sucedieren en el dicho obispado vacante mi abtoridat obispal la excepcion de la Pecunia numerata ɛ las leyes del derecho que fablan en esta rason la vna ley que dis que los testigos de la carta deuen ver faser la paga en dineros o oro o plata o otra cosa que lo vala ɛ la otra ley que dis que fasta dos annos complidos es tenudo de prouar la paga aquel que la face o otro por el ɛ caso que por nos o por otro en nuestro nombre o por otro qualquier sucediere o por su procurador en su nombre sean alegadas quando sean rrecibidas en Juisyo nin fuera del ɛ ante sean repelidas ɛ anuladas ɛ de oy dia en delante que esta carta es otorgada partimos a nos mismo ɛ otro si a nuestros vniversales ɛ subcesores ɛ acada vno dellos de todo el jus ɛ tenencia ɛ posesion ɛ propiedat ɛ sennorio pacifico vel quasi que nos o ellos o qualesquier dellos o otro en su nombre han o pueden ɛ deuen haver en las dichas casas palacios que uos nos vendemos para el dicho aiutorio delas susodichas ɛ nescesarias a vos ɛ a lo suso dicho ɛ de cada cosa ɛ parte dello ɛ damos lo ɛ traspasamoslo en vos libre ɛ llanamente en tal mannera que vos o quien vuestro poder oviere los podades entrar ɛ entredes corporalmente sin licencia ni abtoridad de otra justicia nin nuestra nin de otro subcedente ɛ los podades tomar vender trocar cambiar enagenar empennar alterutrar ɛ faser dellos ɛ en ellos todo lo que vos quisieredes ɛ por bien tovieredes asi commo de

Digitized by Google

vuestra cosa propia la mejor parada ɛ mas propia que vos havedes ɛ si mas valen o pueden valer destos dichos dos mill ɛ quinientos florines que asi de vos rescebimos nos vos fasemos pura gracia ɛ donacion de todo ello para remuneracion de muchos bienes ɛ ayudas que havedes fecho ɛ fasedes a la dicha nuestra mesa obispal la qual vos fasemos perpetual mente fecha entre viuos para siempre jamas ɛ obligamos llana mente por firme estipulaçion a todos nuestros bienes muebles ɛ rayses asi spirituales commo temporales ɛ otro si los bienes e cosas de la dicha nuestra mesa obispal auidos ɛ por auer ɛ de vos rredrar ɛ amparar ɛ defender ɛ faser sanos estos dichos nuestros palacios ɛ casas dela dicha villa de Bejar que vos asi vendemos de quien quier o qualesquier persona o personas de qualquier estado o preeminencia que sean que vos los demandaren o contrallaren o enbargaren todos o parte dellos ɛ que nos o el que asi sucediere en nuestro lugar tomemos ɛ tome la vos ɛ el pleyto a costa ɛ mision de la dicha nuestra mesa obispal en nuestro nombre ɛ sea abtor ɛ sanador de todo ello ɛ la pena pagada o non que todavia seamos ɛ sea tenudo el subcediente a lo tener ɛ conplir segun ɛ commo dicho es para lo qual partimos auos mismo ɛ a los dichos vniversales ɛ subcesores ɛ acada vno dellos de todas quantas demandas acciones reales personales mixtas jurisdicciones directas ɛ indirectas ɛ de otras quales quier que nos olos dichos subcedientes o qualquier dellos so qualquier forma o especie que sean en tal ɛ por tal manera que caso que sea o sean intentados que non valan en ninguna mannera ɛ rrenunciamos ɛ partimos de uos ɛ dellos ɛ acadauno dellos todas las leyes municipales ɛ comunes ɛ consuetudinarias y todos los privillegios ɛ aiutorios ɛ titulos de opinionibus asi eclesiasticos como seglares ɛ todas las leyes del titulo de In oficiosis donatonibus codice ɛ la ley in testamento digestis de provationibus con sus glosas ɛ de determinationibus de doctoris ɛ toda otra accion alegacion protestacion reclamacion ɛ veneficio de restituzion in integrum ɛ todo otro veneficio ɛ imploracion de derecho ɛ la ley del ordenamiento en que dis que general rrenunciacion non vala que caso que sea alegado o mostrado en contra desta carta que non sea valedero ni vala en juysio nin fuera del ɛ por que esto sea firme ɛ non venga en dubda otorga-

Digitized by Google

mos esta carta ante Ferrant Garcia escriuanno ɛ notario del rey fecha en la villa de Valladolid dies dias de nouiembrede mill ɛ quatrocientos ɛ dies ɛ siete annos testigos que fueron presentes llamados ɛ rrogados aluar innigues de Sant Vicente ɛ ruy dias de roxas ɛ rodrigo quisada ɛ innigo lopes de orosco criados de pedro destunniga Et yo Ferrando garsia escriuanno del rey ɛ su notario publico en la su corte ɛ en todos los sus regnos que atodo esto que dicho es fuy presente con los dichos testigos por ruego ɛ otorgamiento del dicho sennor don gonzalo obispo sobre dicho esta carta escriui ɛ fis en ella mio sig † no en testimonio de uerdad = Ferrand Garçia notario.

10.

Béjar, 31 de mayo de 1423.

Venta de unas casas, hecha por fray Lois a doña Isabel de Guzmán. Original, pergamino 205 × 100 mm., letra cortesana. A. H. N., Osuna, leg. 214, núm. 24.

Sepan quantos esta carta vieren commo yo fry lois fijo de loys sanches castillo vecino que fué dela villa de bejar otorgo ɛ conosco que vendo ɛ rrobro ɛ do ɛ apodero por juro de heredat para siempre jamas a vos donna ysabel de gusman muger de nuestro sennor pedro destunniga justicia mayor del rey ɛ sennor de gibraleon para vos ɛ para vuestros herederos vnas casas que yo he aqui, en bejar cerca de la puerta de la palisa que han por linderos dela vna parte casas dela eglesia de plasencia ɛ de las otras partes calles del concejo Et estas dichas casas asi deslindadas por estos dichos linderos vos vendo con su ferrenal que esta cabe ellas Et vendo las por precio cierto nombrado ochocientos maravedis desta moneda vsual que valen dos blancas vn maravedis de los quales dichos maravedis me otorgo por bien pagado atoda mi voluntad Et rrenuncio las dos leys del derecho que fablan en rrason de la paga ɛ la excepçion de los dos annos del aver non contado ni visto nin rrescibido en todo segunt se en ellas contiene ɛ maguer las alegue yo o otri por mi que me non valan Et vendous las dichas casas con su ferrenal ɛ con todas sus entradas ɛ con todas sus salidas ɛ con todos sus derechos ɛ vsos ɛ pertenencias quantos han ɛ aver deuen

Digitized by Google

asi de fecho commo de derecho ɛ en otra mannera qualquier Et las yo tenga para que las vos ayades por vuestras libres quitas ɛ desenbargadas para sienpre jamas para dar ɛ vender canuiar rretener enagenar donnar empennar ɛ trocar ɛ porque faga des dellas ɛ en ellas todo quanto quesieredes ɛ por bien touieredes asy commo delo vuestro propio mesmo mejor parado que vos avedes Et por esta carta corporalmente en la tenencia ɛ posesion ɛ propiedat ɛ sennorio destas dichas casas con su ferrenal para que vos o vuestro mandado las podades luego entrar ɛ tomar ɛ vsar ɛ faser dellas ɛ enellas toda vuestra voluntad conplidamente Et otorgo que ami nin a otri por mi que non finca nin rremanesce enellas nin en parte dellas algunt derecho nin alguna de manda para en tienpo que sea por fuero nin por derecho nin por otra rrason alguna Et otorgo que so vendedor ɛ fiador destas dichas casas con su ferrenal Et me obligo por mi mesmo ɛ por todos mis bienes muebles ɛ rrayses avidos ɛ por aver de vos las faser sanas ɛ desenbargadas yo o quien mis bienes heredare de quien quier que vos las demandare o embargare o contrallare todas o parte dellas en qualquier manera sopena de dies maravedis cada dia ɛ todavia que las faga sanas ɛ desenbargadas a todo tiempo cada que mester fuer Et si estas dichas casas con su ferrenal agora valen o pueden valer mas destos dichos ochocientos maravedis porque vos las agora vendo rrenunçio las leys del derecho ɛ del ordenamiento rreal que fablan en rrason delos que son engañados en mas de la meytat del justo ɛ derecho precio en todo segunt se en ellas consta ɛ maguer las alegue yo o otri por mi que menon vala Et de lo que agora mas valen o pueden valer fago vos dello pura graçia ɛ donacion que lo ayades para vos ɛ para vuestros herederos por siempre jamas ɛ por que esto sea firme ɛ non venga en dubda rrogue a pero gonçales escriuanno publico por el dicho sennor pedro destunniga enla dicha villa de bejar que escriua esta carta ɛ la signe con su signo fecha en bejar treynta ɛ un dias del mes de mayo anno del nascimiento de nuestro sennor ihesu christo de mill ɛ quatro cientos ɛ veynte ɛ tres annos testigos que fueron presentes esteuan roys clerigo ɛ sancho sanches de sant juan ɛ benito gonçales ɛ marcos sanches fijo de aluar marcos vesinos de bejar = Et yo pero gonçales escriuanno publico sobre dicho

Digitized by Google

fuy presente atodo esto que dicho es con los dichos testigos Et porque paso ante mi escriui esta carta Et fis aqui este mio signo atal † en testimonio.

II.

Plasencia y Béjar, año 1454.

Libro de rentas, pan, bienes raíces y demás que tenía el conde de Plasencia don Alvaro de Zúñiga. Tiene también una razón muy extensa de los privilegios y escrituras que tenía dicho señor. Osuna, leg. 215, núm. 10, códice en papel. Extracto de lo referente a Béjar.

Los maravedis que renta la villa de Bejar al conde mi señor asi de Pechos e derechos como en otra qualquier manera son los que aquí dirá en esta guisa que se fiso anno de 1.454.

Primeramente pechos e derechos que paga el concejo de la dicha villa de pedido al dicho sennor en cada anno cuarenta mil maravedis en fin de abril y los veynte mil en fin de agosto de cada anno.

Pagan mas de martiniegas de la dicha villa doce mil seyscientos maravedis por San martin de cada anno.

Pagan dela escriuannia dela dicha villa los escribanos que la sirven que son seis escribanos e Pedro martines de Quacos es uno dellos diez mil maravedis.

De la cabeza del pecho de los judios mil seiscientos maravedis e del pedido de los dichos judios dos mil trescientos e cincuenta maravedis.

De la renta del rio de Santibannez doscientos maravedis Otrosi el terçio delos maravedis que rinde el Castannar e las otras rentas del concejo solianlo haber ciertos caballeros de alarde dela dicha villa e estos habian de servir al sennor cada que los llamase asi para guerra como para otras cosas e por que los dichos cavalleros no servian bien por no tener caballos et armas commo debian el conde don Pedro Destunniga se lo quito e tomo los maravedis del dicho tercio para si e despues en el anno mil quatrocientos cincuenta gela torno e les puso mas quinientos maravedis a cada uno cada año e agora el conde mi sennor que los confirmo con condicion que fuesen todos vallesteros de caballo e rindio anno de cinquenta e quatro veinti tres mill ciento cinquenta e cinco maravedis y dos cornados e don alvaro des-

Digitized by Google

tunniga los torno los maravedis del dicho tercio e les puso mas los dichos quinientos maravedis cada anno en tierra con condicion que fuesen todos los vallesteros de caballo e tuviesen su aderezo de cavallos e armas e encargo la vista dellos a Pedro de Astorga e Andres Gomez e han de ser veinte cavalleros e non mas a los quales se ha de repartir el dicho tercio e dales los quinientos maravedis dela dicha tierra.

Paga mas el dicho concejo para la quitacion del licenciado Garcia lopez de madrid cuatro mil maravedis en cada anno. Otrosi el alguazilazgo de la dicha villa de Bexar es del conde mi sennor e si se arrendase podia valer siete u ocho mill maravedis en cada vn anno.

Las casas que el dicho sennor conde tiene en la dicha villa de Bexar [*aquí las enumera sin deslindarlas...*] parece por un libro firmado por Juan Gonzalez escribano publico de la dicha villa de Bexar que valieron la alcabala de la villa con la tierra e la feria anno mill quatro cientos cincuenta y quatro los maravedis que aqui diran en esta guisa Pan en grano paga el concejo cada anno por diez mill seiscientos, vino christianiego cuarenta mill, carniceria christianiega cuarenta y dos mill pannos trece mill zapateria novecientos cincuenta el husillo y buhoneria seis mill doscientos sal e pescado dos mill setecientos lino e lienzos ocho mill carne e vino judiego ventidos mill novecientos cincuenta fierro e bestias cinco mill trescientos fruta y hortaliza nueve mill porqueria quince mill cincuenta que son todos los maravedises que valieron las dichas alcavalas al dicho sennor quitadas pujas e prometidos CCCC XVII mill e CCCCIL maravedis.

Parece por una fe de los oficiales de la iglesia de Plasencia que valieron las tercias dela dicha villa de Bejar e su tierra de este anno mill cuatrocientos cinquenta e quatro los maravedis que delante dieran en esta guisa San Pedro mill ciento cinquenta e siete e dos cornados Santiago seiscientos cuarenta y dos maravedis Santa maria dos mill novecientos sesenta y cinco San Salvador dos mill dos cientos quarenta e seis maravedis y cuatro cornados = A este tenor se refiere lo que pagaban San Gil, San Juan, San Nicolás, San Miguel y las aldeas de Hervas, Banos, El Puerto [*de Béjar*] Gilbuena, Becedas

Digitized by Google

Neyla, Medinilla, Fornela, La Nava, Cabeza, Fuentes, La adrada, Valverde, Pero Mingo, Navalmoral. Que montan todos los maravedis que valieron las dichas tercias 34.604 maravedis.

12.

Béjar, 24 de agosto de 1456.

Ordenanzas para la feria confirmadas por don Alvaro de Zúñiga. Original, papel, tres folios, letra cortesana, Osuna, leg. 216, núm. 2.

[*fol. 1.° r.*] Yo don Aluaro destunniga conde de plasençia justicia mayor de castilla ɛ sennor de gibraleon por quanto el conde mi sennor que Dios haya ovo mandado faser ciertas ordenanças tocantes a los mercaderes que suelen venir ala feria desta mi villa de bejar por los quales a mi es pedido les mande confirmar su tenor de las quales son estas que se siguen

de los pannos de ypres mayores ɛ cestres ɛ brujas mayores ɛ londres ɛ otros pannos delas suertes destos poco mas o menos que se vendieren por vara que paguen los dichos mercaderes de cada millar dela dicha ropa veynte ɛ çinco maravedis al millar

ytem de valertes ɛ granas ɛ ruanes del sello ɛ lirias mayores ɛ florentines ɛ otros pannos de otras suertes ɛ guisas semejantes poco mas o menos que se vendieren por vara paguen treynta maravedis de cada millar.

Et de fardeles ɛ pannos enteros en pieças de todos los sobredichos en los capitulosençima expuestos Et asymismo delos ypres menores Et contrais menores ɛ ruanes menores Et otros semejantes que se vendieren por fardel por pieça entera que pague a doçe maravedis el millar segund que se costumbra pagar en la feria de medina de campo

[*fol. 1.° v.*] y ten y pres menores ɛ brujas menores et benys de flandes ɛ otros de semejante guisa que paguen quarenta maravedis de cada millar de lo que se vendiere por vara.

yten blanquetas ɛ pannos que se fazen en Castilla que se vendiere la vara dellos a setenta o ochenta o fasta cient maravedis la vara o dende ayuso que paguen de cada pieça de panno a treynta ɛ ocho maravedis Et pannos negros de caldera ɛ burieles prietos ɛ pardos Et blancos que paguen a veyntiocho ma-

Digitized by Google

ravedis segun la costumbre delos annos pasados pero si los dichos pannos pardillos o brunetas o otros pannos de la tierra que se vendieren mas de a cient maravedis la vara que paguen quarenta maravedis de cada millar.

yten delas frisas que paguen de cada pieça veynte maravedis yten que de los fustanes ꝛ çendales que se paguen por pieças a çinco maravedis de cada vna pieça.

yten de la plata ꝛ oro que se vendiere ꝛ pannos de oro ꝛ seda que se paguen çinco maravedis por el millar.

yten que ninguna persona christiano nin judio ni moro de qualquier ley o estado o condicion que sea no juegue dados en la feria sopena que todos los que fueren fallados jugando pierdan todos los maravedis ꝛ doblas ꝛ florines ꝛ otra moneda que touieren al tablero Et demas que por la primera vez que fuere fallado que jugare que paguen cada vno sesenta maravedis Et por la segunda que paguen la pena doblada Et este dies dias en la cadena Et por la tercera vegada sy fuere omne de manera que paguen seysçientos maravedis Et sy fuere omne de poca guisa que le den çincuenta açotes por la villa ꝛ que las dichas penas sean la terçia parte para mi camara Et la terçia parte para el acusador ꝛ la otra terçia parte la justicia que lo prendare.

[*fol. 2. r.*] yten que los corredores que ouieren de ser en la dicha feria de los pannos ꝛ fustanes que sean numero de dose ꝛ non mas Et que estos corredores que sean buenos omnes escogidos por dos personas vno por parte mia Et otro por la parte de los mercaderes Et que estos dos que los asy ouieren de escoger tengan cargo de estinguir los debates que ouiere entre los mercaderes ꝛ entre los corredores vnos con otros.

Otrosy los dichos corredores tienen de corredoria de cada escudo de lo grueso VII maravedis Et non mas Et de cada vara de lo delgado ocho maravedis de san juan arriba Et dela pieça de lo grueso entero tres maravedis ꝛ de lo delgado de sant juan arriba çinco maravedis por pieça entera Et de los fustanes VII maravedis de cada pieça ꝛ de pannos de seda et de oro et plata ꝛ joyas ꝛ otras cosas semejantes dos maravedis cada millar Et qualquier corredor que mas leuare dela dicha rason que pague por la primera vegada sesenta maravedis Et por la segunda la dicha pena doblada Et este dies dias en la cadena Et

Digitized by Google

por la terçera que le den çincuenta açotes por la villa Et que las dichas penas se rrepartan en la mannera que de suso se dice enlas delos dados Et los mercaderes non paguen de corredoria mas delo que de suso se dice so pena de cient maravedis por cada vegada ꝛ que los dichos deputados que han de escoger los dichos mercaderes ꝛ corredores que esten a todo lo suso dicho.

Otrosy que qualquier mercader que vendiere vn panno por otro que lo pierda Et sea deputado para faser limosna dello Et el corredor que estouiere en la tal venda que este veynte dias en la cadena.

Otrosy que en la rrenta del luzillo no se faga diusion saluo quel arrendador et sus compañneros [*fol. 2.° v.*] la cogan juntamente segun se suele coger.

Fueron pregonadas estas hordenanzas por pregonero enla plaça publica desta villa de bejar en presencia de mí juan ramiro gallego escriuano del Rey nuestro sennor et su notario público en la su corte ꝛ en todos los sus regnos ꝛ sennorios jueues XXIIII dias del mes de agosto anno del nascimiento de nuestro sennor ihesu christo de mill ꝛ quatroçientos ꝛ cinquenta ꝛ dos annos testigos que fueron presentes al tiempo que fueron pregonadas estas dichas hordenanzas el licenciado gil lopes de madrid oidor del avdiencia del rey et gonsalo gomes cambiador vesino desta villa et rodrigo de la penna ꝛ pedro de ariol criados del contador del sennor conde don pedro destunniga et diego de valladolid criado del licenciado dicho yo gomes fernandes secretario de mi sennor el conde lo fize escriuir por su mandado et amas de todas las ordenanças suso dichas mando que se guarde ꝛ cumpla lo que sygue.

Otrosy de joyas de oro ꝛ piedras preçiosas ꝛ joyeles ꝛ perlas ꝛ aljofar ꝛ pannos françeses ꝛ de toda trazeria que paguen de cada millar çinco maravedis.

Otrosy tapetes Et alhombras ꝛ otras cosas semejantes que paguen dos maravedis el millar.

Otrosy por quanto acaesce muchas veces aver dubdas sobre los alquileres de las casas delos moradores dellas conlos que vienen ala feria mando que quando tales dubdas acaescieren que sea diputado por los mercaderes vno dellos Et por mi parte rre-

Digitized by Google

gidor ꝛ por parte de la villa vno dellos alcaldes [*fol. 3.° r.*] del aposentamiento sobre que debatieren ꝛ el seruiçio de los moradores que fizieren a los huespedes Et todo ello visto que modere lo que se deua pagar delos tales alogues sobre que ouiere debate Et aquello que por el les fuere tasado se pague ꝛ mas nin menos.

Por ende yo por la presente aprueuo ꝛ confirmo ꝛ rratifico las dichas ordenanzas ꝛ todo lo suso dicho Et mando que se guarden ꝛ cumplan en todo ꝛ por todo segund ꝛ en la mannera que en ellas se contiene non amenguando nin excediendo dellas cosa alguna fecha en la mi villa de bejar XXIIII dias de agosto anno del nascimiento de nuestro saluador ihesu christo de mill ꝛ quatrocientos ꝛ cinquenta ꝛ seys annos = el conde don aluaro.

(*Continuará.*)

Digitized by Google

LIBRERÍA GENERAL DE VICTORIANO SUAREZ

LIBRERO DE LA REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA

CALLE DE PRECIADOS, 48 - TELÉFONO 15-69. — APARTADO 32

MADRID

Casa editora de la BIBLIOTECA DE DERECHO Y DE CIENCIAS SOCIALES, COLECCIÓN DE FILÓSOFOS ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS, COLECCIÓN DE LIBROS Y DOCUMENTOS REFERENTES A LA HISTORIA DE AMÉRICA, COLECCIÓN DE LIBROS RAROS Y CURIOSOS QUE TRATAN DE AMÉRICA, OBRAS COMPLETAS DE DON MARCELINO MENÉNDEZ Y PELAYO, etc.

ÚLTIMAS PUBLICACIONES

TRIBUNALES PARA NIÑOS

POR

EUGENIO CUELLO CALÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA

Un tomo en 8.°, 3 pesetas.

LA FILOSOFÍA DE KANT

Una introducción a la Filosofía

POR

MANUEL G. MORENTE

CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL

Un tomo en 8.°, 5 pesetas.

MANUAL DE CIENCIA DE LA HACIENDA

POR

FEDERICO FLORA

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE BOLONIA

Segunda versión española de la 5.ª italiana, por L. Víctor Paret.

Dos tomos en 8.°, 20 ptas.

COMENTARIOS A LA LEY DE TRIBUNALES INDUSTRIALES

DE 22 DE JULIO DE 1912

CON LAS DISPOSICIONES DE CARÁCTER SUSTANTIVO Y ADJETIVO QUE LA COMPLEMENTAN, LA JURISPRUDENCIA DICTADA HASTA 31 DE DICIEMBRE DE 1916 Y VARIOS FORMULARIOS

POR

PEDRO CALVO Y CAMINA

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL INDUSTRIAL DE MADRID

Un tomo en 4.°

12 pesetas.

Digitized by Google

PUBLICACIONES

DE LA

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

DE VENTA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA REVISTA

JUICIO CRÍTICO DE LA LEY 61 DE TORO

Discurso presentado por *D. Gumersindo de Azcárate* para el ejercicio de Doctorado en la Facultad de Derecho, precedido de la noticia necrológica AZCÁRATE, por D. Rafael Altamira. Madrid, 1918. En 4.°, págs. 19.

Tirada de 25 ejemplares. Precio, 2 pesetas.

LAS GARANTIAS JURIDICAS DE LA VIDA

Trabajo de investigación, crítico y estadístico, por los alumnos de Derecho natural, prólogo de F. Pérez Bueno.

Madrid, 1920. En 8.°, d. m., págs. 350. Precio, 15 pesetas.

MARTIN MINGUEZ

LAS FÓRMULAS TENIDAS POR VISIGODAS

Madrid, 1920. En 4.°, págs. 180. Precio, 10 pesetas.

PREMIO COMAS

CASTILLEJO Y DUARTE

LA FORMA CONTRACTUAL EN EL DERECHO DE SUCESIONES

Madrid, 1902. En 8.°, págs. 178. Precio, 3 pesetas.

GARCIA HERREROS

LA SUCESIÓN CONTRACTUAL

Madrid, 1902. En 8.°, págs. XXIX, 149. Precio, 3 pesetas.

TIPOGRAFÍA DE LA "REVISTA DE ARCHIVOS", OLÓZAGA, 1

Digitized by Google

REVISTA

DE

CIENCIAS JURÍDICAS

Y SOCIALES

ORGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y DEL MUSEO-LABORATORIO JURIDICO
DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

DIRECTOR

RAFAEL DE UREÑA Y SMENJAUD

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

AÑO VI • NÚM. 22

MADRID, MCMXXIII

Digitized by Google

SUMARIO

SISTEMA GENERAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, por Alfonso Falkenstein y Hauser.
NOTICIAS PARA LA HISTORIA ECONÓMICOSOCIAL DE ESPAÑA, por Concepción Alfaya.
TRABAJOS PRÁCTICOS DE DERECHO MERCANTIL (*continuación*), por Emilio Miñana.
DOCUMENTOS PARA LA HISTORIA DE BÉJAR (*conclusión*), por Antonio Martín Lázaro.
BIBLIOGRAFÍA CRÍTICA DE ESTUDIOS PENALES Y REVISTA DE LAS LEYES Y DE LOS PROYECTOS MÁS IMPORTANTES EN MATERIA PENAL, por Luis Jiménez de Asúa (pliegos 6, 7 y 8).

La **Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales** se publica cada tres meses en cuadernos de 144 a 160 páginas, con sus correspondientes láminas cuando el texto lo exija, formando cada año un volumen de más de 600 páginas, con su portada e índice.

La **Revista** no hace suyas las opiniones y doctrinas sustentadas y defendidas en los artículos y trabajos publicados. A los autores de éstos incumbe exclusivamente la responsabilidad de aquéllas.

De todas las obras jurídicas y sociales que sus autores o editores remitan dos ejemplares a la **Revista** se publicará una noticia crítica en la Sección bibliográfica.

CONDICIONES DE SUSCRIPCION

España y Portugal..... 20 ptas. al año.
Los demás países de Europa..... 25 — —
América..... 30 — —
Las nuevas suscripciones tendrán un recargo eventual del 20 por 100.

Sólo se admiten suscripciones por años completos, dando principio en el mes de enero.

No se venden números sueltos.

Se admiten anuncios de librería.

Administrador: DON BRAULIO RODRIGUEZ

CALLE DE SAN BERNARDO, NÚM. 41.

MADRID

Digitized by Google

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

AÑO VI ABRIL-JUNIO DE 1923. NÚM. 22

Sistema general de Filosofía del Derecho

CONFERENCIAS DEL PROFESOR STAMMLER EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL

INTRODUCCION

El sistema filosófico-jurídico de Rodolfo Stammler, infundiendo nueva vida al idealismo crítico creado por Kant sobre los sólidos fundamentos del pensamiento socrático-platónico y aplicándolo con verdadero acierto a los problemas sociales más complejos de la actualidad, ofrece un doble interés para la ciencia contemporánea del Derecho.

En primer lugar, consigue llevar a los estudios sociológicos el severo método propio de la Filosofía neokantiana, eliminando de los mismos todo cuanto tenían de fragmentario y empírico, realizando al propio tiempo una admirable labor de renovación filosófica y combatiendo el excesivo positivismo, que en la época contemporánea se había adueñado de la Filosofía del Derecho.

El pensamiento de Stammler se forma en la discusión de las dos corrientes ideológicas que dominan el ambiente de las ciencias jurídico-sociales de su época: la Escuela histórica y el Materialismo histórico.

En su estudio *Sobre el método de la Escuela histórica del Derecho* (1) no se conforma, al igual de otros tratadistas, con buscar un punto de vista meramente general del conocimiento histórico,

(1) Vid. *La Escuela Histórica del Derecho. Documentos para su estudio por Savigny*, Eichhorn, Gierke, Stammler, trad. por R. Atard, Madrid, 1908, págs. 211 y sigs.

Digitized by Google

sino que su investigación va encaminada a determinar las condiciones *a priori* que hacen posible el conocimiento histórico mismo, y respecto al Derecho, afirma rotundamente que el punto de mira y criterio para *lo que debe ser,* aun con relación a la crítica del Derecho existente, deberá determinarse mediante una forma de investigación distinta al camino de la indagación puramente empírica (1).

Estos problemas que plantea Stammler, tanto en lo que afecta a la teoría del conocimiento como respecto al valor normativo de los principios universales del Derecho, han de ser considerados en su doble aspecto de forma de conocimiento de todo Derecho posible y pauta que ha de servir al Poder judicial y al Legislador para la recta aplicación de las vigentes disposiciones de Derecho. Impónese su adopción para toda ulterior reforma (2).

Mayor interés, desde el punto de vista práctico, ofrece, indiscutiblemente, el admirable tratado *Economía y Derecho conforme a la interpretación materialista de la Historia* (3).

Resumida en breves palabras la crítica que del materialismo histórico hace Stammler, puede afirmarse que, tras un detenido examen de la teoría marxista, hasta entonces despreciada por los tratadistas científicos, reconoce que los fenómenos sociales están, desde luego, ligados entre sí por una relación de causa a efecto; pero afirma que ante todo es necesario poner en claro, cómo en los problemas empíricamente condicionados de que habla Marx no se trata de un nexo meramente causal conforme a naturaleza, sino que lo interesante y característico en la vida consciente de las colectividades es la indispensable y necesaria adecuación de los medios para la consecución de determinados fines, apareciendo la actividad social como un complejo conjunto de dichos fines, cuya armónica regulación sólo nos la proporcionará el DERECHO. Este,

(1) R. Atard, ob. cit., pág. 252.

(2) Hemos leído con gusto, recibiendo de ella algunas valiosas inspiraciones, la hermosa introducción del Profesor Rivera Pastor a las conferencias del Profesor Stammler, publicadas en la *Revista de Derecho privado* (núms. 104 y 105).

(3) *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung Von Rudolf Stammler,* tercera edición. Leipzig, Veit, 1914.

Digitized by Google

que para Marx venía a ser LA SUPERESTRUCTURA, LO SUBORDINADO, pasa a ser, para Stammler, LO PRINCIPAL, LO DETERMINANTE EN LAS RELACIONES SOCIALES.

Donde aparecen expuestos con toda extensión los fundamentos de su doctrina es en su tratado sobre la *Doctrina del Derecho justo* (1), en el cual consigue resolver aquel aparente dualismo entre el Derecho de la razón y el Derecho tal como se nos aparece a través de la Historia, sin sacrificar ninguno de los dos aspectos. Para Stammler, es idéntica la materia de todas las normas jurídicas; proceden éstas, sin excepción, de la experiencia, diferenciándose en que se consideren dichas normas (*strictu sensu*) como Derecho *meramente obligatorio* (DERECHO POSITIVO), o se las encaje *dentro de la totalidad del mundo de las finalidades, a modo de normas directrices* (DERECHO NATURAL) (2).

Ya en su prólogo a la obra citada (3) expone Stammler las dos clases de propósitos con los que puede ser estudiada la ciencia del Derecho. En primer lugar, cabe hacerlo CON UNA FINALIDAD MERAMENTE TÉCNICA, esto es, tratando de abarcar el contenido de una ordenación jurídica existente en determinado momento histórico, *con la propia y limitada finalidad de su inmediata aplicación a los fines de la vida humana.* En segundo lugar, TEÓRICAMENTE, cuando consideramos esta misma ordenación jurídica formada al través de los tiempos y en perpetua evolución, más o menos intensa, *en su mero concepto de medio condicionado al servicio de los fines humanos, y procedemos a examinar los principios fundamentales que informan dicha ordenación jurídica a la luz del ideal absoluto de la perfecta convivencia social* (4), al que deben aspirar todos los fines humanos; este ideal lo compara Stammler con la estrella polar, que jamás se alcanza pero que sirve de norma y guía para evitar todo error, lo mismo al

---

(1) *Die Lehre von dem richtigen Rechte von Rudolf Stammler*, Berlín, 1902.

(2) Vid. Stammler, ob. cit., capítulo titulado "Die Vernunft als Quelle des Naturrechtes". (La razón como fuente de Derecho natural), página 103.

(3) Vid. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, pág. 3.

(4) Vid. Stammler, *Lehre von dem richtigen Rechte*, pág. 620.

Digitized by Google

recorrer la senda de la investigación científica que en las dudas que surgen con motivo de las apremiantes realidades, que el jurista práctico se ve obligado a resolver sin dilación.

Este ideal de la perfecta convivencia social lo concibe Stammler como *carente de todo contenido sensible,* siendo la genuina expresión de la fuerza moral que debiera ostentar todo individuo que sea miembro autónomo y consciente (medio a la vez que fin) de la colectividad de hombres libres, como función de la totalidad de seres humanos que se halla en constante evolución progresiva hacia un perfeccionamiento cada vez mayor.

Donde indudablemente alcanza la doctrina filosófica de Stammler la mayor elevación es en su incomparable monografía *Theorie der Rechtswissenschaft* (Halle, 1911) (1). Trata en esta fundamental exposición, no ya sólo de la forma y legitimidad (Gesetzmassigkeit) del Derecho, sino del más trascendental problema de la forma y legitimidad de la vida y colaboración social, donde la subsunción de la materia por la forma, con arreglo al criterio de Kant, implica el tránsito de lo ideal a lo real (2).

Cabe, pues, establecer el paralelo entre la importancia que tuvo la CRÍTICA DE LA RAZÓN PURA, en cuanto atañe a condiciones trascendentales de las ciencias físicomatemáticas y la significación de la TEORÍA DE LA CIENCIA DEL DERECHO de nuestro autor para cuanto afecta a los estudios filosófico-jurídicos.

La obra, empero, en la que el experto pedagogo nos ofrece una hermosa y completísima exposición de su doctrina en su aplicación a todos los ramos de la Enciclopedia jurídica, es su *Lehrbuch,* de recientísima publicación (3).

Después de una sistemática introducción sobre la finalidad, el objeto, el método y la significación de la Filosofía del Derecho, tal como concibe Stammler esta disciplina, haciendo, por último, un resumen sintético de la historia de la misma, pasa a explicarnos en el libro primero el concepto del Derecho como QUERER LI-

(1) Edición agotada. Se encuentra un ejemplar en la Biblioteca del Ateneo de Madrid.

(2) Vid. Rivera Pastor, art. cit.

(3) *Lehrbuch der Rechtsphilosophie von Rudolf Stammler,* Berlin und Leipzig. Vereinigung Wissenschaftlicher Verleger, 1922.

Digitized by Google

GANTE AUTÁRQUICO E INVIOLABLE, términos que son objeto de otros tantos capítulos, modelo cada uno de meditada explicación y perfecta delimitación de conceptos.

Denomínase el libro segundo *La evolución del Derecho* (Das Werden des Rechts), dedicando su primer capítulo a estudiar el aspecto positivo en sus características y últimos orígenes, examinando después el problema de la Economía en relación con el Derecho, resumiendo los capítulos siguientes sus investigaciones sobre formación del Derecho y validez del mismo; por último, hace una preciosa exposición de los fines de la Psicología del Derecho y de la aplicación en la práctica de dichos estudios al examen del concepto inicial y al problema de la validez de las normas jurídicas.

Cuanto expusimos al examinar la obra *Teoría del Derecho justo* queda admirablemente resumido en el libro tercero, titulado *La idea del Derecho,* donde llega a delimitar el concepto del *querer jurídico,* al que únicamente corresponde la cualidad de la *objetividad* que a ninguna otra forma de la voluntad social cabe ser atribuída. Tampoco corresponde a la norma *convencional* dicha cualidad, puesto que la aplicación de esta última depende del arbitrio del sujeto que la acepta; ésta no es autárquica, y con mayor razón cabe diferenciar la norma jurídica de la *arbitraria,* cuya aceptación depende de una imposición por parte del que la dicta.

Establece, por último, el concepto del Derecho con vistas al ideal de la perfecta convivencia social, como *medio* INDISPENSABLE PARA UNA POSIBLE LEGITIMIDAD (Gesetzmaessigkeit) DE LA VIDA SOCIAL (1).

Denomínase el libro cuarto *El tratamiento del Derecho,* y puede decirse que en él culmina nuestro autor en el perfeccionamiento de su exposición metódica.

Dedícase el capítulo primero a las *Categorías del Derecho,* estudiando en primer término los *principios fundamentales simples del Derecho,* exponiendo la tabla de estos principios funda-

(1) Traducimos por "Legitimidad" la palabra "Gesetzmaessigkeit", empleada en alemán para indicar "conformidad a leyes de un modo regular y constante".

Digitized by Google

mentales de las *categorías* existentes en toda relación jurídica, para después examinar los *conceptos fundamentales del Derecho.*

El segundo capítulo, denominado *El pensamiento jurídico,* se divide en dos secciones: la formación del concepto jurídico y la concepción jurídica, sintetizándose el contenido de este capítulo en los TEOREMAS (Lehrsaetze) DE LA CONSTRUCCIÓN, que son los siguientes:

1.° En toda la cuestión jurídica debe determinarse *quién* DEBE SER CONSIDERADO, SEGÚN EL QUERER JURÍDICO, COMO PROPIO FIN, Y *qué* ES LO QUE DEBERÁ MIRARSE MERAMENTE COMO MEDIO.

2.° Todo derecho debe considerarse EN RELACIONES DISTINTAS PARA CADA CASO CONCRETO, EN CUYAS RELACIONES ESTÁN DETERMINADOS VARIOS CONTENIDOS DE VOLUNTADES COMO MEDIOS RECÍPROCOS, CONFORME A UN QUERER JURÍDICO.

3.° LOS CONTENIDOS JURÍDICOS DE VOLUNTADES están SUBORDINADOS, en su calidad de medios y fines recíprocos, A UN QUERER JURÍDICO QUE LLEVA SU FUNDAMENTO EN SÍ MISMO.

4.° LOS MOVIMIENTOS DE LA VIDA JURÍDICA deben entenderse COMO MODIFICACIONES EN LA FIJACIÓN DE LOS FINES HUMANOS (1).

En el siguiente capítulo, denominado *La sentencia jurídica,* define ésta como JUICIO HIPOTÉTICO, QUE CONSISTE EN UNA PRESUNCIÓN Y UNA CONSECUENCIA, ADAPTÁNDOSE UN QUERER JURÍDICO A UNA CUESTIÓN DE HECHO COMO FUNDAMENTO JURÍDICO EN FORMA DEDUCTIVA (folgeweise).

Separadamente se estudia la construcción y ejecución de la sentencia o decisión jurídica (Rechtssatz).

Examínase en el capítulo siguiente la expresión del Derecho (técnica, jurídica y complemento del Derecho formado).

Ofrece especial interés el último capítulo del libro cuarto, dedicado a la *sistemática del Derecho y a la relación existente entre el concepto del Derecho y del Estado,* nociones que tradicionalmente aparecen como inseparables, conexión que sintetiza Stammler en las siguientes palabras: "Una nueva línea directriz paralela a la idea del Derecho, con independencia de los fines del Estado, es fundadamente imposible (2)."

---

(1) Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie,* párrafo 121, pág. 255.
(2) Ibid., párrafo 136, pág. 280.

Digitized by Google

No menor interés ofrece el libro quinto, designado *Die Bewaehrung des Rechts* (la acreditación del Derecho), que pudiera traducirse *El derecho en la vida*, y está dedicado a la ciencia práctica del Derecho (cap. I, fundamentalísimo, dedicado a las normas que rigen la formulación de las conclusiones jurídicas y a las que determinan la aplicabilidad del Derecho a los casos concretos), continuando en el desenvolvimiento de otras cuestiones no menos interesantes para el jurisperito, cuales son la *Práctica reflexiva conforme a principios* (Grundsatzlich erwagende Praxis, cap. 2.°), la *Práctica del Derecho justo* (cap. 3.°), la *Política* (cap. 4.°) y, por último, el *Progreso histórico* (cap. 5.°), cuyo contenido podrá ser en parte conocido por el texto de sus conferencias, que a continuación reproducimos, de conformidad con los trabajos del autor.

Tan precioso tratado viene a constituír, por decirlo así, la quinta esencia de todas sus obras. Como sagaz observador, siempre atento a cuanto concierne a la práctica del Derecho y a la evolución legislativa, no olvida de darnos en su magistral libro valiosísimos consejos, encaminados a allanar el camino a cuantos intenten aplicar sus sabios preceptos a los complejísimos problemas que en la vida profesional del letrado, del juez y hasta del funcionario administrativo se plantea, sin olvidar la fundamentalísima labor del legislador, y, en tal concepto, puede afirmarse que su *Lehrbuch* posee un valor incontrastable como fuente de saludables iniciativas.

En absoluta conformidad con Kant, sostiene Stammler que sólo es posible llegar a formar un sistema científico mediante la unidad trascendental de conceptos puros, siéndonos indispensable reconocer la posibilidad de los juicios sintéticos *a priori*.

De la unidad formal del concepto *a priori* del Derecho es de donde irradian, por decirlo así, las líneas directrices del pensamiento jurídico (1), encaminadas a hacer posible la aplicación de los conceptos puros del Derecho a los de la vida social.

Definitivamente queda superado por Stammler el punto de vista de las generalizaciones empíricas obtenidas en estudios comparativos de legislaciones positivas.

(1) Comp. Stammler, *Lehrbuch*, ob. cit., párrafo 96, pág. 209.

Digitized by Google

No obstante, reconoce que es imposible prescindir, para lograr la subsunción de la materia por la forma, de unos *términos medios* (a manera de puentes o piezas de empalme) que faciliten el tránsito de la infinita variedad de los fenómenos empíricos a la unidad de los conceptos puros del Derecho. Estas son las hipótesis que, al igual de los PRINCIPIOS DEL RESPETO Y DE LA PARTICIPACIÓN, tal como se hallan expuestos por nuestro autor en su *Doctrina del Derecho justo* (1), dejan traslucir a manera de reflejo el íntimo contenido de la conciencia social.

Para Stammler son estos *juicios sintéticos a priori* VERDADEROS PRINCIPIOS METAFÍSICOS DEL DERECHO, en la acepción kantiana de la palabra; son productos de un trabajo meramente objetivo de la actividad racional, indispensables para constituír un derecho positivo, o, mejor dicho, problemas planteados en la mente del jurista desde un punto de vista meramente abstracto, cuya solución ha de ser muy diversa, según las circunstancias de tiempo y de lugar que influyen en la práctica de dichos principios.

Lo que sí hemos de rechazar del modo más rotundo, puesto que implicaría desviarnos de las normas fundamentales del idealismo crítico de Kant, será todo intento de encerrar en fórmulas *a priori* las soluciones dadas dentro de un sistema jurídico determinado a los problemas prácticos de la vida del Derecho; no cabrá asimismo aplicar dichos principios metafísicos del Derecho de un modo directo e inmediato para dirimir controversias jurídicas ocasionadas por la interpretación de casos concretos a la luz del Derecho vigente. Dichas controversias sólo se podrán resolver mediante la aplicación de normas condicionadas (2), y sólo en el caso de duda entre la aplicación de diversas normas al hecho concreto es cuando será oportuno acudir a los principios del Derecho metafísico antes aludido, a cuya luz examinaremos las diversas reglas aplicables al caso en cuestión.

Las instituciones jurídicas, tales como nos las da el Derecho histórico, no vienen a ser sino la resultante impuesta por la realidad en un momento y lugar determinados entre los contrapuestos

(1) Stammler, *Lehre von dem richtigen Rechte*, págs. 208 a 213.

(2) *Bedingte Rechtssaetze*. Vid. Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 96, páginas 209, 210.

Digitized by Google

influjos de normas que, inspiradas en las hipótesis más diversas, llevan cada una en sí mismo, por así decirlo, el reflejo del sistema que las inspiró.

Así como los fenómenos de la Física, por ejemplo, nos dan motivo para indagar las diversas hipótesis que todas ellas vienen a integrarse en el concepto que subsume el fenómeno objeto de nuestra indagación, las manifestaciones de la actividad social suscitan en nuestra mente análoga actuación investigadora, dado nuestro anhelo por conocer las diversas normas que deben mutuamente integrarse para engendrar la ley determinante de los fenómenos objeto de nuestro examen.

Misión del filósofo jurista será la de tratar de conseguir y llevar a la práctica, por medio de normas de inmediata aplicabilidad, soluciones concretas que vengan a reflejar fielmente esta complejísima actuación de voluntades tan diversas en lo que ellas tengan de legítimas y procurando por todos los medios que la vida social ostente, en tanto sea realizable, la cualidad de *objetivamente justa*.

Prosiguiendo con perseverancia en esta actuación es como el jurista puede contribuír al logro de una perpetua y progresiva aproximación al ideal absoluto de la perfecta comunidad de hombres libres.

PRIMERA CONFERENCIA

En la cumbre de un elevado monte, sustentado por imponentes rocas, existía *hace largo tiempo* un grandioso templo, a cuyo servicio estaba dedicado un prudente y sabio cabildo sacerdotal, favorecido de la suerte. Era éste el TEMPLO DEL DERECHO Y DE LA JUSTICIA, del cual todo el que acudía implorando auxilio volvía consolado por haber conseguido encontrar *lo suyo*.

Evolucionaron los tiempos, acentuándose más y más el egoísmo en las aspiraciones de los hombres, caracterizadas éstas por el amor propio, el interés individual y el de la clase social a que cada uno pertenecía.

Así llegó a formarse un ambiente de lucha entre las personas y las clases sociales para disputarse mutuamente las ventajas del bienestar y de una vida agradable.

Las bendiciones del templo ya no se buscan más que en apa-

Digitized by Google

riencia y el prestigio del mismo y de sus ministros se vió seriamente comprometido. Era menester restaurarlo.

Los sacerdotes de dicho templo, después de maduras reflexiones, decidieron dar a conocer su opinión sobre el sentido de la vida humana, y asimismo acordaron intentar una rigurosa adaptación a sus normas directrices de todo propósito y decisión que afectase al Derecho.

Sólo llevando a la práctica estos buenos propósitos podría confiarse en devolver al templo del Derecho y de la Justicia el prestigio que había perdido.

Cuantos se dediquen al estudio de las cuestiones fundamentales de la Filosofía del Derecho deberán mirar el ejemplo de aquel sabio capítulo sacerdotal, siguiendo una severa disciplina del pensamiento, que permanezca libre de toda inexactitud propia de las impresiones sensibles.

Unicamente una sólida teoría de pensamientos, que todo hombre haya de reconocer como de un valor incondicionado y universal, es digna de llevar el nombre de Filosofía del Derecho.

He aquí cómo insensiblemente nos ha conducido el eminente filósofo a la definición que nos da al comienzo de su fundamental *Tratado de Filosofía del Derecho*: "Entendemos bajo Filosofía del Derecho la doctrina de aquello que en argumentaciones jurídicas puede afirmarse de un modo incondicional y universal (1)."

Dondequiera que el hombre, en un estado de relativa cultura, haya existido, ha sido siempre una de sus preocupaciones primordiales la de investigar los principios del Derecho y de la Justicia.

Lo mismo en la antigüedad clásica que en nuestros días se han realizado intentos persistentes de buscar un precedente que, por decirlo así, sirva de apoyo para la investigación filósofica de la ciencia del Derecho en el método de la ciencia de la naturaleza.

Dice nuestro autor en su fundamental *Tratado* (2) de los filósofos de la escuela estoica: "Dan especial importancia a la contra-

(1) Vid. Stammler, *Lehrbuch der Rechts philosophie*, Berlín-Leipzig, 1922, pág. 1. "Unter Rechtsphilosophie verstehen wir die Lehre von dem was sich in rechlitchen Erorterungen mit unbedingter Allgemeingultigkeit aufstellen laesst."

(2) Ob. cit., pág. 20.

Digitized by Google

posición de lo que es justo conforme a naturaleza y conforme a ley. Buscaron la suprema ley a la cual había de someterse con todo lo demás el orden del Estado y el del Derecho y lo nombraron LA NATURALEZA.

Recientemente se acudió a la llamada *Sociología* (1) con el fin de buscar un apoyo para la investigación filosófica del Derecho, empleando con tal propósito el método propio de las ciencias físico-naturales, en las que con más precisión cabe reducir los fenómeconaturales, en las que con más precisión cabe reducir los fenómenos a funciones matemáticas, y los sociólogos también fracasaron en tan vano intento. Menciona el orador en esta ocasión aquel concurso que fué abierto en Alemania hará unos veinte años sobre el tema siguiente: "¿Qué enseñanzas nos proporciona para una buena política el postulado de la descendencia?" Todos los trabajos presentados, varios de los cuales resultaron premiados, no pudieron sino contestar negativamente a esta pregunta.

Cita, por último, nuestro autor la repartición trimembre de Steiner en la por él llamada antroposofía, según la cual el organismo social está integrado por tres sistemas: el dedicado a la función intelectual (cabeza); el que tiene por finalidad la actividad jurídica, que equipara a la respiración en el organismo humano (pecho), y el dedicado a la actividad económica, que asemeja Steiner a las funciones digestivas (estómago). Adolece la obra de este filósofo de una falta primordial, pues Steiner no nos explica lo que es propiamente un organismo social, ni cuáles son sus características en comparación con otros organismos, si se trata de uno solo o existe pluralidad de ellos, y cuál es, en este último caso, su número; el fundamental defecto de la obra de Steiner para el conferenciante estriba en la falta de método, por adolecer de toda diferenciación entre el punto de vista teórico de los medios y de los fines.

En la naturaleza rige la ley de CAUSALIDAD; en la vida social lo que interesa son los MEDIOS y los FINES.

A este propósito nos relata el conferenciante la preciosa novela de la nube "Aspira", de Lasswitz. La nube "Aspira", con-

(1) Recordó el conferenciante con tal motivo las doce acepciones diversas en las que puede emplearse la palabra *sociología*, según Ward.

Digitized by Google

templando con las demás desde sus alturas la actuación de la humanidad, llega a creer que los hombres se proponen algo, y en ocasiones lo consiguen, y da cuenta de su sospecha a otras nubes, sin llegar a ser comprendido. Lograda la realización de su ferviente deseo de verse transformada en ser humano, llega a conocer un mundo nuevo, movido a impulso de la voluntad y sus leyes. Una noche, recobrada su primitiva cualidad de nube, vuelve a visitar a sus congéneres, que no entendían nada de su relato, riéndose de "Aspira". Esta experimenta la desilusión de haberse asomado a un mundo incomprensible y vacío, en el cual las cosas ocurrían de una manera arbitraria, ajena a toda ilación de las causas y los efectos.

He aquí el punto de partida de Stammler. Existen dos posibles ordenaciones de los fenómenos de esta índole, considerados en el tiempo: una que consiste en mirar EL PRESENTE COMO DETERMINADO POR EL PASADO esto es, que pensamos en la *causa* y en el *efecto*, y otra que estriba en mirar EL PRESENTE DETERMINADO POR EL PORVENIR, siempre que pensamos EN EL FIN Y EN LOS MEDIOS QUE AL MISMO CONDUCEN.

Propónese a continuación el conferenciante demostrarnos cómo esta diferenciación, tan necesaria para la precisión y claridad de nuestro pensamiento, es en muchos casos desvirtuada, debido a la falta de exactitud propia del lenguaje corriente. La palabra *causa* se emplea en casi todos los idiomas para designar la CAUSALIDAD, propiamente dicha; lo mismo que para señalar una *finalidad* la palabra ¿porqué? (Warum) significa a veces ¿de qué (Wodurch) y otras ¿para qué? (Wozu).

Refiriéndose el conferenciante a su idioma, el alemán, cita en comprobación de su aserto los "enigmas" de Simrock, en cuya colección de ejemplos se hace de semejantes equívocos, debidos a la imperfección del lenguaje corriente, un motivo de diversión.

"Los problemas del Derecho y de la Justicia "—prosigue Stammler—" son siempre problemas de fines y medios humanos; cuando alguien hace valer una pretensión jurídica es que quiere algo; no se trata de ninguna impresión sensible que percibe, sino de un acto de voluntad. A continuación elige la persona que desea hacer valer su pretensión la *acción judicial* correspondiente

Digitized by Google

como MEDIO MÁS ADECUADO para conseguir su *finalidad;* no se trata, con este motivo, de ninguna construcción conforme a un orden o legitimidad racional. Si, por otra parte, observamos el contenido de cualquier *ordenación jurídica,* no vemos de ningún modo en ella fenómenos corporales de la Naturaleza, sino el *contenido del querer humano* (1)."

Explícanos a continuación el conferenciante cómo en la resolución judicial, al examinar las pretensiones y contestaciones de las partes y resolverlas, procura el Tribunal ordenar el contenido del querer humano en la mutua correlación y dependencia de unas personas con respecto a otras.

"En el Derecho" prosigue Stammler— "no hay nada de la naturaleza y su ley de causalidad", recordando cómo, no obstante, se ha intentado crear, buscando apoyo para esta finalidad en una supuesta intuición racional de naturaleza existente en el hombre, UN IDEAL ABSOLUTO DE JUSTICIA, pues no otra cosa viene a significar el *Derecho natural* como hipótesis de una norma o medida cierta de la justicia de toda ordenación de Derecho. Mas, ¿qué es lo que habría de entenderse por tal naturaleza? En esto es en lo que los autores no están acordes. Según *Grocio,* era el *appetitus societatis,* o sea el anhelo de una convivencia tranquila y cuidadosamente ordenada con los semejantes (2); para *Hobes,* era inherente a la naturaleza humana el miedo de uno hacia los demás seres, de manera que, faltando a la sociedad jurídicamente ordenada, surgiría fatalmente la guerra de todos contra todos (3).

Sostenía Puffendorf que del sentimiento de la propia debilidad y de la falta de ayuda de que sería víctima todo hombre aislado habría de sacarse en consecuencia la ley suprema, gracias a una racional contemplación de la vida humana (4).

Para *Tomasio,* debía el natural anhelo de todo hombre ir encaminado a la consecución, en lo posible, de una vida larga y feliz (5).

---

(1) Vid. Stammler, *Lehrbuch,* nota tercera a la pág. 64.
(2) Ob. cit., pág. 19.
(3) Ob. cit., pág. 30.
(4) Ob. cit., ibid.
(5) Ob. cit., ibid.

Digitized by Google

El deseo de encontrar una naturaleza humana del valor universal como entidad determinante de la ley fundamental del querer humano, había de conducir inevitablemente al fracaso.

Dada la multiplicidad de cualidades y de anhelos por los cuales indudablemente se diferencian en la vida real los hombres entre sí, sólo queda como UNIDAD *el hombre,* como ente natural (Naturwesen) (1).

Continuando por el camino antes descrito, sólo se llegaría a considerar la regularidad existente en las funciones corporales, pero jamás a conseguir establecer una escala para lograr el método justo en la fijación de los fines (rechte Art der Zwecksetzung).

Una norma de valor universal y necesario que consiga unificar el contenido, tan infinitamente diverso, de las tendencias sensibles humanas, sólo lo hallaremos en el ideal de la armonía de todos los fines humanos.

Este ideal nos dará asimismo la pauta para juzgar acerca de la justicia y rectitud de nuestros deseos y propósitos, que para la consecución de este mismo ideal han de ir dirigidos siguiendo la línea recta de la voluntad pura que lleva al infinito (2).

SEGUNDA CONFERENCIA

Propónese el profesor Stammler en su segunda conferencia darnos a conocer su personal concepto sobre la CONCEPCIÓN MATERIALISTA DE LA HISTORIA (materialismo histórico).

Tuvo su origen esta tendencia en la cuarta década del siglo pasado y se explica por el anhelo, muy comprensible, de hallar una base sólida y de universal validez para la ordenación jurídica en la vida social (3).

Según ella, es la producción, y más tarde el consumo de los productos, lo que constituye el fundamento de toda ordenación social.

Por la aparición de fenómenos económicos y sociales y por la tendencia de su desarrollo es por lo que aparece determinada la suerte a toda sociedad reservada (4).

---

(1) Ob. cit., pág. 31.
(2) Ob. cit., pág. 170.
(3) Vid. Stammler, *Lehrbuch,* ob. cit., pág. 38.
(4) Ibid., pág. 39.

Digitized by Google

Harto conocido es el concepto que la escuela del materialismo histórico posee sobre la superestructura política y jurídica, la cual, al erigirse sobre la base de la economía social de las entidades colectivas, ha de sufrir forzosamente las mismas vicisitudes de dicha economía.

El referido concepto conduce fatalmente a la afirmación de que la Historia no viene a ser, en último término, sino un movimiento de la economía social, que se produce de un modo fatal y necesario, y las *ideas* humanas no serían, a su vez, sino IMÁGENES REFLEJAS DE LOS FENÓMENOS ECONÓMICOS que acompañan a aquellos procesos, necesarios por naturaleza (1).

Para cerciorarnos de los defectos iniciales de este sistema procede examinar el desarrollo del materialismo histórico desde sus comienzos.

Fué expuesto por vez primera en 1841, por Carlos Marx, respondiendo al concepto material y naturalista del universo, que era el que en aquella época predominaba y cuya conexión con la filosofía de Hegel es indudable.

Recuerda el conferenciante como Engels, amigo de Marx, fué quien remató la sistemática y completa exposición del materialismo histórico en su obra *Las inquietudes científicas del señor Eugenio Duehring*, de cuyo libro aparecieron impresos por separado tres capítulos, bajo la denominación *Desarrollo del socialismo; de la Utopía a la Ciencia.*

La importancia de esta doctrina materialista estriba en haber servido de fundamento al socialismo desarrollado en épocas posteriores, haciendo, con tal motivo, referencias el conferenciante al origen de la palabra "socialista", inventada por Reybaud, quien, al hablar de personas que hoy llamaríamos de tendencias socialistas, decía: "No son hombres sociales, son hombres socialistas", tomada esta palabra en el sentido de socialicistas, aniquiladores de la sociedad.

Defínenos el ilustre conferenciante la palabra *socialismo* como LA ORGANIZACIÓN ECONÓMICA CENTRALIZADA CONFORME A PLAN Y PROVISTA DE COACCIÓN (2).

---

(1) Vid. Stammler, loc. cit.

(2) Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 57, pág. 117.

Digitized by Google

Esta centralización coactiva conforme a un plan, forma contraste con el sistema de la participación libre del individuo en la economía social y ostenta precedentes muy remotos. Enuméranse a título de ejemplos los rasgos de sistema socialista que aparecen en la Constitución de la antigua Esparta y en el Estado creado en el Paraguay por los jesuítas, si bien reconoce el conferenciante el escaso interés de estos precedentes para el estudio del socialismo moderno, siendo completamente nulo el valor que para esta finalidad pudiera ofrecer la UTOPÍA, de Tomás Moro, obra fantástica sobre una eventual modulación de la materia social en una época que dicho autor supone en un remoto porvenir.

Con los graves acontecimientos políticos acaecidos en Europa a fines del siglo XVIII entra la evolución de los que pudiéramos llamar *precedentes del socialismo* en una nueva fase. No dejaremos de mencionar en este lugar la frustrada conjuración de Babeuf.

Ofrece interés especial un clarividente autor francés de principios del siglo pasado, el Conde de San Simón. En su *Historia de Francia* hizo resaltar el contraste que da lugar a la lucha de clases y que en todo tiempo ha existido, y en su *Nuevo Cristianismo* mantuvo el criterio que la obra del Redentor queda incompleta mientras no se cumpla en todas las manifestaciones de la vida individual y colectiva el precepto: "Amad al prójimo como a vosotros mismos."

Ya los discípulos de San Simón propugnaron de un modo objetivo y concreto la *abolición del Derecho hereditario*.

Surge con posterioridad a San Simón, FOURIER, que se propone modificar la estructura de la sociedad conforme a la naturaleza humana, y aconseja para la consecución de su finalidad la creación de los así llamados falansterios. Para FOURIER atraviesa el hombre, sucesivamente, tres estados psicológicos.

Propónese primero el logro de un fin determinado (estado que Fourier denomina "cabaliste"); luego surge en él el deseo del cambio, el hombre vacila y modifica su parecer (papillonne) y, por último, surge un estado de equilibrio temporal (composite); mas después surge la reacción, y así atraviesa el hombre los tres estados de ánimo en serie continua e ininterrumpida hasta llegar al término de sus días.

Digitized by Google

Para los partidarios del materialismo histórico, las fuerzas sociales de la naturaleza actúan según sus leyes; el hombre ha de reconocer estas fuerzas y hallarse al tanto de la evolución de dichos procesos naturales para poder encauzarlos conforme a sus fines en bien de la sociedad.

Un estado *idealmente planteado* sería para el partidario del materialismo histórico algo así como aquel HOMUNCULUS u hombrecillo que Goethe hiciera producir a Fausto en la retorta, e igual símil cabe aplicar a toda utopía de organización conforme a justicia.

La sociedad socialista contenida en el seno maternal de la actual se halla en gestación y aspira a una vida nueva propia... "Cuídese con tiempo —dice el marxista— que el niño que nazca sea fuerte y robusto; facilítese el proceso del nacimiento, ayúdese, favorézcase (1).

Detalladamente explica cuál era el criterio marxista al hacer resaltar el evidente contraste entre el continuo y sistemático avance en la progresiva socialización de la producción experimentado por los países industriales a fines del siglo pasado y comienzos del presente y el régimen de libertad individual con la "anarquía de la producción, que inevitablemente lleva consigo" (2).

A continuación relata minuciosamente cierta discusión habida en el Parlamento alemán, el año 1893, sobre la distinta acepción de que era susceptible la palabra *socialista*, según hiciesen uso de ella los políticos de tendencias marxistas o los que no participasen de dichas ideas.

A la pregunta formulada por el diputado burgués sobre lo que sería el Estado del porvenir según la opinión del socialista, contestó éste que de ello sabía tan poco como de la vida de ultratumba, que ni él estaba en condiciones de predecir nada ni habría quien fuera capaz de hacerlo; el nuevo Estado cristalizaría como natural consecuencia de la centralización de los medios de producción y consumo.

Pero, arguyó el político burgués, que la unificación en la dirección de los medios de producción y consumo traería consigo una

(1) Stammler, *Wirtschaft und Recht*, pág. 49.
(2) Stammler, ob. cit., pág. 51.

Digitized by Google

falta de estímulo individual, a lo que replicó el socialista que el Estado sólo llegaría hasta donde fuese necesario, y que el eventual perjuicio que se ocasionase en la formación de personalidades libres a causa de la falta de estímulo, era un mal totalmente irremediable, puesto que los fenómenos económicos se producen de un modo fatal y necesario, que no da lugar a elección y que el procurar alterarlos sería empresa tan vana como la de pretender mudar las estaciones del año.

A la objeción formulada por el burgués, que se producirían por bajo de esta organización centralizadora coactiva de la producción suborganizaciones espontáneas, alegó el socialista el tópico de la "fuerza expansiva de los fenómenos económicos".

Por último, alegó el burgués, en un régimen socialista disminuiría considerablemente el sentimiento del deber del individuo, a lo que contestó su contradictor recordando las consabidas palabras de Marx: "La clase trabajadora no persigue la realización de ideales, sólo se propone poner en libertad los elementos de la nueva sociedad que se han desarrollado en el seno de la burguesía en quiebra."

De lo expuesto se infiere con meridiana claridad lo incompleta y superficial que realmente es la concepción materialista de la Historia.

Es incompleta porque no intenta siquiera la aclaración del concepto del *Derecho* ni tampoco de otros primordiales, como los *fenómenos de la vida económica, procesos de la vida social;* no nos dice lo que son *relaciones económicas,* olvidando también determinar lo que hemos de entender bajo *economía social o medios de producción en la vida social,* y no obstante contraponer la ciencia de la sociedad humana como orden de conocimientos independientes a la ciencia de la naturaleza, falta en ella toda reflexión acerca de lo que propiamente deba significar la palabra "social" y sobre aquello en que estriba la fundamental característica de dicha *ciencia social.*

Además de incompleta adolece la interpretación materialista de la Historia del defecto de ser *superficial.*

Faltando toda justificación, por otra parte imposible, de que la legitimidad *social,* esto es, criterio que sirve para discernir si

Digitized by Google

tales tendencias o aspiraciones sociales son justas o injustas, y la *evolución genética*, causalmente explicada, de las aspiraciones sociales son una y la misma cosa, y así como habla de conflictos que posiblemente pueden surgir en una sociedad existente, haciendo necesario un cambio en la ordenación social, resulta que se echa de menos toda aclaración *acerca de lo que es precisamente semejante contradicción en la vida de la sociedad, así como* también sobre la *ley fundamental* conforme la cual ha de sostenerse la *necesidad* de la transformación de una sociedad (1).

"¿Bajo qué condiciones —prosigue el autor— puede la finalidad de cualquier aspiración o movimiento social ostentar la cualidad de OBJETIVAMENTE JUSTA?"

Esta pregunta queda abierta, y para contestarla satisfactoriamente hemos de analizar el concepto del Derecho, que en la práctica se nos ofrece como algo comprensible por sí mismo. En oposición a otras modalidades de la voluntad humana nos lo representamos como una voluntad permanente, y contemplándolo desde este punto de vista nos aparece con claridad y resulta posible su determinación.

TERCERA CONFERENCIA

Con el propósito de proceder a una exacta delimitación del CONCEPTO DEL DERECHO apela Stammler a un ejemplo tomado de la práctica forense alemana. Cita el caso de un matrimonio judío cuyo divorcio había sido decretado por los Tribunales alemanes, que, en primera instancia, declararon culpable al marido; éste apeló y fué absuelto. Pudo el esposo haber entregado a su mujer el *Libelo de repudio;* no lo hizo porque tal actitud, no obstante la sentencia judicial, repugnaba a su conciencia religiosa.

¿En qué concepto, nos preguntamos, está justificada su negativa?

Es forzoso distinguir entre la consideración que merecen las tendencias e impulsos de los hombres en la propia e interior vida de cada cual y su actuación en la vida social externa.

En el primer caso tendremos por *característica condicio-*

(1) Vid. Stammler, *Wirtschaft und Recht*, pág. 72.

Digitized by Google

nante LA UNIDAD DE CADA HOMBRE, INDIVIDUALMENTE CONSIDERADO, mientras que en el segundo caso hallamos LA DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE LA VIDA SOCIAL *en la ligazón o recíproca dependencia de las finalidades* de los diferentes sujetos (1).

Refiere el conferenciante, a título de ejemplo, cómo el *Antiguo Testamento*, en su precepto "No matarás", hace tan sólo referencia a la vida externa o social del sujeto, mientras que en el *Nuevo Testamento* se declara culpable la mala voluntad contra el prójimo (Sermón de la Montaña), y en cuanto al precepto de volver la mejilla derecha a quien lesione la izquierda, tiene, en opinión de Stammler, por finalidad, la de determinar una pura y recta intención, afectando tan hermosa máxima únicamente al mundo de los pensamientos, es decir a la vida interior del hombre.

En el caso práctico antes indicado, el divorcio obedecía a una norma determinante de la vida social, no afectando, por tanto, a la interior perfección del individuo ni a las relaciones del hombre con Dios.

De nuevo acude a interesantes ejemplos para diferenciarnos la significación de la conducta del individuo en la vida interna y en la esfera social, refiriéndose a la novela de Gottfried Keller *Los tres fabricantes de peines, justos* (2), los cuales, socialmente, resultaban sin tacha, aunque eran personas desprovistas de todo sentido moral; por el contrario, vemos en la obra de Bjornson, *La nueva fuerza*, cómo el agitador Bradt, hombre de una conducta social perturbadora, era individualmente bueno.

Por cuanto a *la esfera social* se refiere, el primer problema que se nos plantea es el de distinguir entre las dos acepciones, DERECHO y COSTUMBRE, reseñando el conferenciante como ejemplo de esta última las normas meramente convencionales impuestas por la urbanidad, los usos de la etiqueta, etc.

¿Cuáles son las notas características suficientes para diferenciar satisfactoriamente ambos conceptos?

No resulta convincente formular una diferenciación por el *origen* alegando que *la costumbre procede de la sociedad* y *el*

(1) Comp. *Lehrbuch*, pág. 68, ob. cit.

(2) Gottfreid Keller: *Die drei gerechten Kammacher* (un tomo en 8.º menor). Leipzig, 1922.

Digitized by Google

Derecho, del Estado, puesto que el concepto del Estado presupone la existencia del Derecho.

Tampoco resulta satisfactoria una diferenciación entre costumbre y Derecho según el *contenido,* puesto que una misma regla es jurídica en determinado momento y lugar, viniendo a ser convencional en otras condiciones (disposiciones rituarias, ordenanzas de ceremonial).

La diferenciación entre ordenanza y costumbre sólo la podemos hallar en el SENTIDO O MODALIDAD FORMAL DE AMBOS CONCEPTOS, en cuanto constituyen un lazo o vínculo ligante que afecta al sujeto de la relación jurídica (1).

Implica dicho vínculo la recíproca actuación de diversos seres humanos como medio. Esto puede realizarse de dos maneras distintas: la determinación resolutiva al efectuarse el ligamen (Das entscheidende Bestimmen bei dem Verbinden) es atribuída a los *seres ligados por el vínculo,* o bien *al mismo vínculo o lazo ligante.* En el primer supuesto tendremos una LIGAZÓN DE CASO EN CASO; en el último, el LIGAMEN ESTÁ DETERMINADO DE UN MODO PERMANENTE (2).

O la cadena que ha de crearse entre la finalidad y el medio se forja en cada caso concreto por el que ha de ligarse, o bien aparecen los contenidos de voluntad enlazados entre sí, en vista de su cualidad de medios recíprocos, con una consistencia tal, que los sujetos ligados nada pueden alterar el vínculo como tal, si bien el contenido del querer ligante sea susceptible de modificaciones.

En el primer caso tenemos la norma convencional, cuya ocasional aceptación depende del arbitrio del sujeto; en el segundo caso tenemos la norma jurídica, o mejor dicho, un QUERER LIGANTE AUTÁRQUICO, creado con absoluta independencia de la voluntad de los sujetos ligados por el mismo.

Réstanos aún establecer una diferenciación de universal validez entre el *querer ligante autárquico,* tal como aparece en el DERECHO y en el PODER ARBITRARIO.

---

(1) Stammler, ob. cit. *Lehrbuch,* párr. 39, pág. 81.

(2) Item, ob. cit., párr. 40, pág. 82; cf. *Theorie der Rechtswissenschaft,* caps. 1-13, págs. 95 y sigts.

Digitized by Google

No cabe en modo alguno hallar esta distinción en la *bondad del contenido de las reglas sociales;* porque el grado de perfección de éstas sólo cabe ser apreciado tomándolas en consideración a la luz de la suprema ley de todo querer humano (1).

En demostración del evidente hecho que reglas arbitrariamente sentadas pueden resultar un "buen arbitrio", y las normas jurídicas aplicadas literalmente aparecen en casos determinados como moralmente inadmisibles, nos cita el conferenciante las inolvidables escenas del *Mercader de Venecia.*

La verdadera diferenciación entre el PODER ARBITRARIO y LA NORMA JURÍDICA estriba en que el primero considera como el vínculo o ligamen es de índole tal, que deja lugar a la subjetiva discusión por lo que a su aplicación atañe, aun en casos expresamente previstos por la respectiva disposición, mientras que en la REGLA JURÍDICA, aparece el vínculo con carácter permanente, obligando y apremiando al sujeto a manera de un QUERER INVIOLABLE. Una vez establecida la ecuación entre el caso concreto y las previsiones de la disposición legal dictada con carácter general (que ponemos como ejemplo de norma jurídica) no cabe dudar acerca de la aplicabilidad de aquélla.

Como ejemplo clásico de posible superposición de la norma jurídica a la arbitral, nos relata Stammler el de aquel molinero que en tiempos de Federico II de Prusia, cuando dicho Monarca amenazó despojarle de su molino, respondió con las famosas palabras: "Existen Jueces en Berlín."

Para demostrar lo que son semejantes cuestiones, que tan frecuentemente surgen en la vida normal del Derecho, cita Stammler lo ocurrido con el famoso privilegio otorgado en virtud de la cláusula testamentaria de Wagner al teatro de Bayreuth, por el que se otorgaba al mismo la exclusiva en la facultad de representar *Parsifal* hasta 1913, cuando se intentó promover la revocación de dicha cláusula por resolución con carácter de Ley, no llegándose en el Parlamento a adoptar semejante decisión, que hubiese implicado el no reconocimiento del carácter inviolable atribuído por el Derecho Civil a los actos de última volun-

(1) Vid. Stammler, *Lehrbuch,* ob. cit., párr. 45, pág. 87; ibid., párrafo 106, pág. 221.

Digitized by Google

tad en que se observen los requisitos previamente establecidos por las Leyes vigentes al tiempo del otorgamiento.

En cuanto a las instituciones, que nosotros por nuestra parte nos atreveríamos a llamar *residuos de un estado de Derecho imperfecto*, como son el "Faustrecht o Derecho del puño" reconocido por la Carolina y en la actualidad *la guerra*, entiende Stammler que esta última debe ser reconocida como necesaria y que ninguna de las dos instituciones carece de las cualidades inherentes al querer ligante autárquico e inviolable, que es el derecho, tal como lo define Stammler.

Examina, por último, el conferenciante la cuestión de la VIGENCIA del Derecho, o sea la posibilidad de llevar a la práctica los preceptos del derecho positivo, el cual entiende nuestro autor que no viene a ser sino un querer jurídico formulado con vistas a los múltiples y variadísimos casos concretos que pueden surgir en la vida real y que tanto dificultan la aplicación de preceptos formulados de un modo relativo y general (1), llegando en muchos casos a hacerla poco menos que imposible.

La referida posibilidad no puede, es claro, pertenecer en manera alguna a las características determinantes del concepto del Derecho. Siendo el querer jurídico una de las modalidades del humano, la cuestión de la vigencia se planteará a su vez respecto al mismo de igual manera que en relación a las restantes modalidades del querer humano.

Puesto que la vigencia lleva consigo la práctica del *querer jurídicamente determinado en la realidad sensible afectiva* (2), resulta ser esta cuestión de un orden netamente psicológico y fundamentalmente diferente, por tanto, de las direcciones formales del pensamiento crítico.

CUARTA CONFERENCIA

Inicia Stammler su cuarta conferencia relatándonos cómo la crisis de las ideas políticas que tuvo lugar hacia mediados del siglo pasado y que particularmente se exacerbó en Alema-

(1) Vid. Sammler, *Lehrbuch*, párr. 49-50; págs. 95-97,
(2) Stammler, *Lehrbuch*, párr. 68, pág. 145.

Digitized by Google

nia con ocasión de la revolución del año 1848, dió lugar a que la Sociedad de Jurisprudencia de Berlín plantease la cuestión acerca de si debía tratarse de proteger la jurisprudencia contra los ataques de que era objeto por parte de los escépticos.

Fué Kirchmann quien formuló la contestación a esta pregunta en su discurso publicado más tarde, que versaba sobre la existencia y el valor de la ciencia del Derecho y en el cual, en vez de defender a esta rama del saber humano, llegó desde su punto de vista a dar la razón a los que impugnaban su valor científico. Comete, no obstante, al sentar tan atrevida afirmación, un grave error. Según Kirchmann, es la materia algo que se halla en constante cambio al través del desarrollo histórico, mientras que la naturaleza permanece idéntica a sí misma. Depende el Derecho, como ley humana, del mudable criterio de determinados seres humanos, debiendo por fuerza resultar sumamente imperfecto, y como la jurisprudencia, a su vez, ha de estar al servicio de normas mudables e imperfectas, no cabe atribuírla —al entender de Kirchmann— el carácter de la ciencia. Y aquí es donde comete la fundamental omisión al no fijar de un modo claro y terminante lo que él entiende por ciencia, omisión que en vano trata de justificar alegando la falta de tiempo, pero que Kirchmann no llegó a subsanar durante los treinta y seis años que vivió con posterioridad a su reseñado discurso.

Después refiérenos el conferenciante varios ejemplos de lagunas y antinomias tomadas de la jurisprudencia alemana, en particular de los Tribunales de Prusia, demostrativos de lo dificultoso que efectivamente resulta para los Tribunales de Justicia dar a las normas de Derecho anticuadas una modalidad tal que no vengan a hallarse en abierto contraste con las realidades de la vida presente.

Para formular nosotros el concepto de *ciencia,* hemos de recordar cómo llegó Sócrates a establecerle, con ocasión de sus diálogos con los sofistas, atentos estos últimos únicamente a las particularidades del conocimiento de lo singular.

El punto de vista característico de Sócrates puede sintetizarse diciendo que puso en práctica el pensamiento de una orde-

Digitized by Google

nación de fenómenos singulares conforme a un método incondicionalmente unitario (1).

Implica, a su vez, esta uniforme ordenación una superación, tanto de las impresiones del sentido como de los deseos, y sólo se hace posible poseyendo un concepto invariable de las formas puras de la comprensión y del juicio, esto es, un método de ordenación de absoluta validez (2).

Definido el Derecho, en la anterior conferencia, como EL QUERER LIGANTE AUTÁRQUICO INVIOLABLE, cabe afirmar que existe formado en la unidad de las cuatro direcciones: QUERER, LIGAR, AUTARQUÍA E INVIOLABILIDAD.

1.° El QUERER implica disposición de *medios* en vista de FINES. Considerado el *fin como* CONTENIDO DEL QUERER JURÍDICO, tendremos el SUJETO DE DERECHO, y atribuyendo al *medio* EL CONTENIDO DEL QUERER JURÍDICO, tendremos el concepto del OBJETO.

2.° El concepto del LIGAMENTO JURÍDICO lleva incluído el de la RELACIÓN DE DERECHO, conforme al cual resulta un querer determinado por otro. El FUNDAMENTO determinante de este ligamento es el que indica el alcance y sentido del mismo.

3.° El querer jurídico aparece, según nuestro autor, como AUTÁRQUICO (selbstherrlich), término que implica la SUPREMACÍA DEL DERECHO Y SUBORDINACIÓN AL MISMO.

4.° Hemos de considerar, por último, la nota de la INVIOLABILIDAD, donde a su vez resultan recíprocamente definidos otros dos conceptos, cuya expresión viene a ser: LA JURICIDAD O ANTIJURICIDAD.

Estas ocho categorías, enlazadas de dos a dos, las tendremos que hallar necesariamente dondequiera que se plantee una cuestión de Derecho.

Para demostrarnos que toda relación jurídica, por elementalísimo que sea su carácter, es susceptible de ser desmenuzada en las cuatro direcciones fundamentales, acude el ilustre Profesor a lo que menos podíamos esperar los oyentes.

---

(1) *Lehrbuch*, ob. cit., párr. 10, pág. 17.
(2) Ibid., párr. 23, pág. 52.

Digitized by Google

Recurre nada menos que a una canción popular infantil utilizada por los pedagogos alemanes en los libros de lectura de escuelas primarias, la cual viene a decir: "Zorro (sujeto), ¿qué has hecho de nuestra (relación fundamento) oca?; la has robado (antijuricidad); devuélvela (juricidad); si no lo haces, va a buscarte el cazador (supremacía del Derecho) para matarte con su carabina" (subordinación al Derecho).

Este procedimiento, consistente en referir las cuestiones jurídicas de la vida real a estas invariables y rígidas líneas de los conceptos jurídicos fundamentales, es lo que nuestro autor denomina CONSTRUCCIÓN JURÍDICA, puesto que nos permite construír con precisión matemática el concepto del Derecho, analizando cualquier relación jurídica, como la vulgarísima que venimos de describir, a la luz del concepto del Derecho.

En este lugar hace Stammler de nuevo referencia a su característica distinción entre la ciencia técnica del Derecho y la teórica (1). Lo mismo tratándose de investigar disposiciones legales minuciosamente reguladas en los artículos de un Código o los más vagos conceptos de costumbres o usos de carácter jurídico que estudiando un criterio normativo sentado por el Poder, del que emana el derecho escrito o las vicisitudes de la jurisprudencia, siempre aparece la TÉCNICA JURÍDICA como una reproducción del contenido de voluntades humanas.

La referencia de casos concretos a las categorías jurídicas fundamentales antes mencionadas pertenece indudablemente a esta función meramente técnica del Derecho.

En cuanto a la JUSTIFICACIÓN de una determinada voluntad jurídica en razón a los principios, es un problema que pertenece, sin duda alguna, a la ciencia teórica del Derecho. Para poderla abordar hemos de acudir ineludiblemente a la IDEA DEL DERECHO, al IDEAL DE LA JUSTICIA.

Es indudable que, a través de la Historia, podemos observar notorios casos de extravío, debido al abandono, por parte de algún jurista, de la *suprema orientación de la Ciencia del Derecho* conforme al ideal de la justicia. Este fué el caso en Ma-

(1) Vid. Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, pág. 4.

Digitized by Google

quiavelo, cuando extrajo del estudio de la historia aquellas máximas tan poco escrupulosas que caracterizan su obra.

La razón de su fundamental equivocación estriba en que el escritor florentino adoptó un punto de vista MERAMENTE INTELECTUAL del Derecho y del Estado, no elevándose nunca a un ideal de justicia.

(*Continuará.*)

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER.

Digitized by Google

Noticias para la historia económicosocial de España [1]

I

Las traducciones económicosociales de 1800 a 1820.

El presente trabajo forma parte de una introducción a la historia económica y social de España en comienzos del siglo XIX y en lo que toca a la legislación y a las ideas de este orden que se reflejaron en aquélla o fuera de su órbita influyeron en la vida nacional.

El capítulo que sigue da noticias sobre una de las fuentes de la influencia ideológica extranjera sobre el pensamiento español, representada por las traducciones de libros de ciencia económica y cuestiones sociales, punto que hasta ahora sólo imperfectamente se ha estudiado entre nosotros, y que tampoco considero agotado con las actuales averiguaciones.

***

Por imposiciones de la misma investigación, se ha circunscrito este trabajo a determinar la aparición cronológica de las traducciones hechas en España de 1800 a 1820 y su repercusión en las obras nacionales.

Sentaremos *a priori* una afirmación necesaria: no se advier-

(1) La autora de este trabajo, señorita Alfaya, es profesora de Historia universal y de España en la Escuela Normal de Segovia. Su formación historiográfica, especializada en la historia social y económica del siglo XIX, la ha hecho en el Seminario de Historia contemporánea que durante varios años dirigió el catedrático de esta Universidad don Rafael Altamira.

Digitized by Google

te en estas traducciones un orden social —ni siquiera precientífico— que las explique o justifique. Por la orientación general de la vida del país y por la actuación especial de la política española, estas traducciones responden más a especializaciones y preferencias individuales que a direcciones del pensamiento colectivo. Son muestras esporádicas de las ideas sociales y económicas de Europa, tomadas con firme simpatía unas veces y con respetuosa admiración siempre; pero sin solución de enlace y sin la indispensable adaptación que las haga fructíferas. Llegan algunas buenas traducciones y faltan muchas de las obras de verdadero valor y trascendencia, pero todas se reciben con la expectación anhelante de un fervoroso deseo de mejora social, sentido muy intensamente por una minoría dilectísima a la que las vicisitudes políticas pusieron en contacto con lo mejor de Europa.

No pueden fijarse direcciones exclusivas y muy determinadas en estos trabajos de traducción, ya porque no las fijan sus adaptadores y comentaristas, ya también porque muchas veces los datos descubiertos no son lo suficientemente fijos para determinar una rotunda afirmación; aunque más de lo descubierto debió existir sin duda, pues mucho debió perderse en el azaroso período histórico. El buceador del pasado que siente ante sí toda la responsabilidad de sus afirmaciones, sólo puede, en ocasiones, ofrecer los datos que en sus pesquisas adquirió y limitar a ellos sus conclusiones.

Así, algunas veces hemos de limitarnos a enumerar el título y autor de una obra traducida, reservando su juicio crítico, pues ni la obra llegó a nuestras manos, ni registran el nombre de su autor tratados históricos de estas disciplinas, diccionarios, ni autoridades. Hemos agotado, sin resultado en algunos casos, las posibilidades de inquisición; y claramente se expondrán en cada momento las dificultades surgidas y el esfuerzo para vencerlas.

Hemos llegado a la conclusión de que en muchas de las referencias se equivocó la ortografía, y esto desorienta al clasificar, máxime si se piensa que de algunas obras sólo se ha logrado la referencia de venta o el anuncio de la traducción.

Hasta los documentos y oficinas oficiales, tenidos hoy como

Digitized by Google

más metódicos y fijos, faltan entonces; y en la *Matrícula de imprimir obras,* que se conserva en el Archivo Histórico Nacional, sólo figuran dos licencias de traducción en todo el período —1800 a 1820—, y las dos corresponden a 1804.

Dice así la inscripción que conserva el legajo 44, libro 2714 e —impresiones—: "Corte.—*Don Antonio López de Lanuza, vecino de esta Corte, sobre licencia para imprimir la traducción que ha hecho del 1.er tomo de la obra titulada "Tratado de Economía Política,"* por *Juan Bautista Say*"; y la otra, con idéntica signatura, formando parte del mismo legajo: "Corte—*Expediente formado en virtud de R. O. que se sirve S. M. conceder licencia para imprimir los "Principios de Economía Política", de N. Fr. Canard, que se ha traducido al castellano.*"

La tradicional animadversión que la España oficial tuvo hacia las producciones extranjeras se traduce en este tiempo en varias cédulas y decretos prohibiendo la entrada de libros extranjeros, disposiciones que coinciden siempre con las épocas de persecuciones políticas y de desenfrenado absolutismo. Así, en 1802 —24 octubre— se publica una circular "*declarando que sólo se permita la entrada del "libro del Oficio Divino" que traigan consigo los eclesiásticos que vienen a estos reinos, o los de su devoción para su propio uso*", y aún más terminante y general la dada el 8 de junio del mismo año, por la que se manda: "*Que no se vendan libros que vengan fuera del reino, en cualquier idioma, sin que antes se presente un ejemplar en el Consejo.*"

En 24 de febrero 1804 dió la Inquisición un edicto prohibiendo las siguientes obras:

El diablo predicador, de Nicoli.

El militar geringado, de Pope.

Todas las obras de Mably.

La Historia moderna, de Condillac.

Ensayo sobre el entendimiento humano, de Locke.

Cartas sobre Italia, de Dupaty.

Curso de Cosmografía, Cronología e Historia, de Mentelle.

Todas las obras de Pedro y Tomás Corneille.

Y la *Moral Universal o deberes del hombre sacados de su naturaleza,* cuyo autor no cita.

Prohibidas por "*impías, blasfemas, extremadamente obsce-*

Digitized by Google

nas, contrarias a la soberanía, calumniosas o subversivas", son las obras de toda una relación, que se cita en 23 agosto 1804, "*mandando que ningún comerciante en libros o de otra cualquier persona intente introducir o introduzca los libros que se expresan*":

Pour et contre la Bible, par Sylvain M.

Los números 4 y 20 del periódico *Décade Philosophique Literaire*.

Un tomo anónimo correspondiente al siglo XVIII que se finge impreso en Pekín.

La Nouvelle Sapho o historia de la secta Anandryne.

Les amours de Zoroas et de Pancharis.

Fêtes et courtisanes de Grèce.

Géographie mathematique, phisique et politique.

Traité élémentaire de Géographie astronomique et politique.

Algunas de las cuales no parecen, por su título, contener materia delictiva y censurable.

En 28 septiembre del mismo año se da una orden para "*que se recoja inmediatamente "Derecho práctico y estilos de la Audiencia de Galicia*", cuyo autor no se cita.

En el Archivo Histórico Nacional, en la *Matrícula de imprimir obras* —libro 2714, legajo 41, núm. 96—, correspondiente a 1804, figura una orden, un tanto difusa, por la que se prohibe tradúzcanse libros contra la Religión, pero sin citar ninguno; y en 23 abril 1805 se publica un decreto con un expresivo preámbulo insistiendo en la prohibición.

Pero la más enérgica es la orden de 27 mayo 1815, conservada entre los legajos correspondientes a Fernando VII: Biblioteca Nacional. Sala de Varios. Paquetes en folio —16—: "*Se prohibe entren en España libros o manuscritos que traten de la Revolución francesa o de formas de Gobierno distintas a la nacional, poniéndose en vigor a tal fin las cédulas expedidas en 10 septiembre 1791 y 22 agosto 1792.*"

Esta condenación rotunda y categórica de doctrinas extranjeras se advierte muchas veces en los mismos escritos nacionales, contaminados de este temor, oficial u obligatoriamente adscritos a las esferas del Poder.

Todo el movimiento de ideas producido y subsiguiente a la

Digitized by Google

Revolución francesa fué sospechoso y perseguido por los políticos y mandarines oficiales, que creían así librarse de la transformación social que el mundo experimentaba: modificaciones impuestas por la vida misma y por la conciencia universal, que adquirió en esta época un fuerte respeto a la personalidad humana.

La ruta de la cultura y de las ideas se determina en Historia por la marcha y satisfacción de las necesidades, que son lo eterno, pues el sujeto, como temporal, desaparece y cambia; la satisfacción de las necesidades despierta en el hombre su ingenio para vencerlas y superarlas, hasta llegar a la fórmula que los modernos economistas aceptan sin reserva: "*Producir el máximo resultado con el menor esfuerzo.*"

Así la Historia, siguiendo el esfuerzo, es ciencia de lo eterno, auxiliar poderoso de la vida humana que, por el claro concepto de las cosas, excita muchas veces las necesidades, logrando así una continuidad de la labor cultural.

En España, atrofiando la conciencia de la propia e ideal liberación, aislando el pensamiento de ajenas sugestiones, el Poder público buscó el quietismo moral que facilitase el estatismo político y social. Cuando se advierte hoy el resultado, se prueba lo inútil del torpe esfuerzo: la vida está por encima de manejos políticos, de suspicacias y sutilezas, que no responden más que a falsos conceptos de humanidad.

Al margen de autorizaciones oficiales y oficinescas se tradujeron en España durante este tiempo muchas obras, y mayor y más completa es aún la referencia de ideas que en los escritos nacionales se observa.

En 1800 la supremacía en el número y clase de los comentarios que despertó corresponde al conde Rumford, cuya traducción, hecha por orden de la Real Sociedad Económica Matritense, se conserva en la biblioteca de esta ilustre Sociedad —núm. 2700, signt. 10-2—. Se titula: *Ensayos políticos, económicos y filosóficos del conde Rumfort*, y fué traducida por don Domingo Agüero y Neira, miembro de la Real Sociedad.

Se publicaron extractos y comentarios laudatorios en el tomo 7.°, año 1800, del *Semanario de Agricultura y Arte* y en el *Diario de Madrid* correspondiente a 6 noviembre 1800.

Digitized by Google

Es realmente una obra meritoria y laudable que, a más del espíritu hondamente filosófico y piadoso que la informa, contiene datos útiles sobre casos concretos de economía rural, de trabajo colectivo e indicaciones pedagógicas nada despreciables. El fin principal de su obra es *"unir el interés del soldado con el de la sociedad civil, y hacer la fuerza militar provechosa al bien público aun en tiempo de paz"*. Su relación más fuerte es con asuntos de beneficencia, de incitación y organización del trabajo colectivo, fundamentalmente agrícola, inspirado siempre en aquellas dulces máximas que llenaron de sugestión la obra y doctrina de pietistas y filántropos.

Ni Gide y Rist, ni Say, Palgrave e Ingram le citan entre los economistas; pero su obra es de gran valor social y algunas de sus ideas, como las de socorro domiciliario y formación de la Junta de Caridad, de abolengo y tradición española, pues con el mismo fin que él indica se fundaron en Madrid *"Diputaciones de barrio"* en el siglo XVI.

En el mismo año 1800 se publicó la traducción de *Principios de Economía política,* de Herrenschwand, anunciada en el *Diario de Madrid* de 22 agosto 1800, "traducida del francés al castellano por don Juan Smith, brigadier de la Real Armada."

En el mismo periódico, con fecha 29 octubre del mismo año, se publica una carta, firmada por Pedro Martín del Campo, alabando la obra y afirmando *"que la división del terreno en pequeñas porciones es un desvarío; que la máxima tan decantada de la libertad y protección no es aplicable a España; que el labrador no debe poner en cultivo demasiadas tierras de pasto; que es peligroso preferir las haciendas pequeñas a las grandes; que la agricultura, la cría de ganados y la industria son inseparables y es menester atender a todas con igualdad, y, por fin, que las cuentas y combinaciones que deben hacerse para fijar los intereses esenciales de un pueblo son muy diferentes de los que actualmente gozan del mayor aplauso"*.

Blanqui coloca al economista suizo Herrenschwand como término de transición entre Quesnay y Adam Smith. Gide y Rist e Ingram no le citan. Publicó además de la obra citada *Economía política moderna* (1786) y *Economía política y moral de la especie humana* (1796).

Digitized by Google

La obra en sí, o la partidista alabanza ya referida, produjo vivas discusiones entre los contemporáneos, por cuanto en el mismo *Diario de Madrid,* en 29 noviembre 1800, figura una réplica anónima, muy rotundamente airada, a la desmedida y apasionada alabanza. En ella se recomienda "*que viajen y examinen el terreno de las naciones más pobladas, antes de aplicar a la nuestra sistemas económicos cuyos resultados prácticos no conocen*". El mismo apasionamiento de la réplica muestra un interés por la aplicación y adaptación de las doctrinas importadas nada despreciable.

En el *Mercurio de España* correspondiente a julio 1803, se anuncia nuevamente la traducción de la obra de Herrenschwand, que en 1804 es declarada obligatoria en el Seminario de Nobles.

De clasificación posible son otras dos obras traducidas este mismo año: *Arte de conocer a los hombres y máximas para la sociedad civil,* escrita en francés por el Abad de Bellegarde, citada en el *Diario de Madrid* de 21 agosto 1800, y otra, mencionada en la sección de Comercio de la revista *Miscelánea instructiva curiosa y agradable,* que conserva la biblioteca de la Sociedad Económica y que se anunció con el título *Doctrina sobre los impuestos, precedida de algunas observaciones generales sobre Economía política,* por F. Guirander. La primera parece una reminiscencia rousseauniana, y no figura en ninguno de los diccionarios económicos conseguidos. La segunda es un mero extracto de varias opiniones sobre impuestos, en el que se aboga por el impuesto progresivo con vehementes razonamientos.

¿Será consecuencia de las doctrinas de los fisiócratas?

En 1801 la supremacía en las traducciones corresponde a Canard, cuya obra *Principios de Economía política,* premiada por el Instituto Nacional, fué traducida y anunciada, muy discretamente, en el *Mercurio de España* de octubre 1801. "*Sin aprobar todos los principios que sienta el autor ni admitir todas las consecuencias que deduce, su obra lleva a un punto de perfección la ciencia de la Economía Política qual nunca había tenido.*" A pesar del elogio, algunos tratadistas franceses creen que la obra de Canard fué una aplicación "assez malheureuse" de las fórmulas algebraicas a las demostraciones económicas. Blanqui une a ella el mérito real de las obras del autor. Lo curioso

Digitized by Google

es que fué traducida el mismo año (1801) en que se imprimió en París.

Otra traducción del mismo año es el *Extracto de los viajes de Arthur Young en Inglaterra,* que es más conocido por sus *Viajes por Francia y España,* donde facilita interesantes datos de la vida social de Cataluña. Trata en esta obra de prácticas de agricultura, extensión de cultivos y rendimientos de producciones y ganadería.

Gide atribuye a Young la buena acogida en Inglaterra de las asociaciones cooperativas de producción. Malthus se apoyó también en alguna de las referencias de Young respecto a población francesa.

El año siguiente —1802— el *Semanario de Agricultura y Arte* publica otro extracto del mismo autor: *Ventajas de la Agricultura sobre las fábricas,* cuyo título ya declara su filiación fisiocrática, que afirma intensamente en el comienzo de su obra: "*La Agricultura es el fundamento de todas las artes y por esto entra en la política ideal de todos los pueblos civilizados el promoverla cuanto puedan.*"

Inserta después muy variados juicios sobre cuestiones de cultivo y ventajas de las diversas clases de producción, con lo que, además de tener la obra cierto carácter técnicopedagógico, entonces muy en boga, se libertaba del baldío anatema de teorizantes, de poco prácticos, que entonces recibían muchas de estas doctrinas.

De la misma dirección ideológica es otra obra anunciada también en el mismo año 1802 —*Semanario de Agricultura y Artes*—: *Necesidad y medios de hacer entrar en la instrucción pública la enseñanza de la Agricultura,* por F. de Neufchateau. El extracto citado es brevísimo, y todo él gira alrededor de la necesidad de la enseñanza agrícola: "*Al tratar de la instrucción pública no se ha de olvidar la Agricultura ni la economía rural, si es que no se quiere construir un gran edificio sin cimientos.*" No he podido conseguir más datos sobre este autor.

En este mismo año —1802— figura también otro inclasificable —Crumpe—, que al explicar las ventajas del Comercio y la Agricultura parece seguir a Smith. Su obra, anunciada en el *Semanario de Agricultura y Arte,* lleva por título: *De las princi-*

Digitized by Google

pales trabas y obstáculos que encuentra la industria en todos los Gobiernos. Cita como obstáculos que se oponen a la industria y laboriosidad de un pueblo la inestabilidad de las leyes, a falta de seguridad en las propiedades, los impuestos "mal cargados", los privilegios y las corporaciones.

Más abundante en traducciones económicas es el año 1803, aunque algunas sólo son conocidas por referencias incompletas. En el *Semanario de Agricultura y Artes,* de este año, figura un extracto del *Manual de Economía política,* de J. Bentham, cuya doctrina filosóficopolítica, de un radical utilitarismo, empezaba entonces a conquistar los espíritus, afirmando la lucha que contra Bentham y sus amigos iniciaron los Fabianos.

Su máxima, "*la mayor felicidad del mayor número*", su *Defensa de la usura,* y sus ideas todas, ejercieron gran influencia en la vida española, pero con bastante posterioridad a la traducción. Al verificarse ésta, ni se comenta ni se alaba el valor de la doctrina.

Figuran también en este año dos traducciones y extractos; una, *Necesidad de estudiar Agricultura,* de Reynier, que no habiéndose visto el extracto —no figura— no se pudo clasificar, pues faltan referencias de este autor, y otra: *Noticia de algunas casas de industria para reprimir la mendiguez,* de Camús (?), y en la que se hace referencia a establecimientos benéficoindustriales de Strasburgo, Lieja, Mons, Bruselas y Amberes.

En el archivo de la Real Sociedad Económica Matritense y en los legajos correspondientes a 1803 se conserva un informe de Campomanes de la obra sobre Agricultura escrita por Jalhía Aben Mohamed Ben Admed Ebn el Awan (sevillano), traducida por don José Banqueri, completando otra traducción de don Miguel Casiri. La obra, dícese, existe en la biblioteca del Monasterio de El Escorial, y el informe es tan conciso que no se puede formar juicio de la doctrina.

Entre los documentos correspondientes a la "Sala de Gobierno del Consejo" que se conservan en el Archivo Histórico Nacional —leg. 2197, año 1803— figura un expediente muy interesante, que se dirige a "*prohibir en virtud de R. O. la introducción y curso en estos reinos de la obra "Memorias para servir a la historia del Jacobinismo", por el abate Barruel,*

Digitized by Google

impresa en Londres en 1788; por ser injuriosa al Príncipe de la Paz, y se manda recoger a mano real los ejemplares que se hubiesen esparcido".

Según consta en los documentos que acompañan y completan este legajo, de ese expediente dimanó la Real provisión-circular de 20 marzo 1802 para dar cumplimiento inmediato a lo acordado.

¿Quién era Barruel y de qué trataba su escrito?

Nos es desconocido uno y otro asunto; sólo consta la energía de la persecución, que no es caso único en este año, pues en la sección de *"Expedientes reservados"* hay algunos promovidos por ofensas, más o menos sutiles, al Príncipe de la Paz.

Referente también a 1803 hay noticia de una obra anónima mandada traducir del francés al castellano por el Supremo Consejo de Castilla y titulada: *Ensayo sobre la policía general de los granos, sobre sus precios y sobre los efectos en la Agricultura.*

En 1804 sólo se tiene noticia de haber sido "señalada para instrucción de Caballeros del Real Seminario de Nobles" la obra de Herrenschwand.

La serie de medidas prohibitivas dadas este año tienen como consecuencia la disminución de traducciones económicas que se advierte.

De 1805 a 1811 es casi nula la traducción de obras extranjeras, aunque sea en este período cuando se conocen en España dos de las más fundamentales: el *Tratado de las riquezas,* de Say, 1805, y el *Ensayo sobre el principio de población...,* de Malthus (21 junio 1808).

A 1805 corresponde también la obra *Decadencia y ruina del sistema de rentas en Inglaterra,* por Tomás Payne, que trató en sus doctrinas de un ensayo sobre la propiedad del suelo y la distinción y valoración del trabajo de mejora ejercido por el propietario. La obra de Payne se escribió en 1797 y su traducción en España fué casi inadvertida.

La obra de Say fué recibida según sus merecimientos; y aunque su traducción se anuncia en 8 enero 1805 en la *Gaceta de Madrid,* se ocupan de ella las *Efemérides de España* —1 fe-

Digitized by Google

brero 1805—, el *Diario de Madrid* —1 mayo 1807 y 1816—, y fué de las que consiguieron más fervorosos prosélitos.

La obra suya que se tradujo al español fué su *Tratado de Economía política* o *Exposición simple del modo como se forman y consumen las riquezas*. El comentario, anónimo, publicado en la *Gaceta de Madrid* —8 enero 1805—, es muy completo y bien pensado. "*La Economía política* —dice—, *como la moral, no es la ciencia de ciertas clases o profesiones, sino la de todas; o por mejor decir, la del hombre social, cuya subsistencia y comodidad, en cualquier suposición que le consideremos, dependerá siempre más o menos directamente de su trabajo.*"

En 1816, según una memoria que se conserva en el Archivo de la Real Sociedad Económica Matritense (legajo 221, núm. 20), se publicaron *Reflexiones sobre Say, o reformas que deben hacerse en muchas de sus proposiciones, si ha de continuar sirviendo para la enseñanza pública*. Corrige sólo defectos de forma literaria pasados al traducir; pero indica la aceptación conseguida por Say.

En el *Semanario de Agricultura y Artes* correspondiente a 1806 —tomo XIX, pág. 81— se publica la referencia de una *Memoria sobre el influjo del régimen dietético de una nación en su estado político*, leída en el Instituto de Ciencias de París por monsieur Toulongeon y "*traducida por Francisco Zea*".

El autor no figura en antologías, diccionarios ni historias de Economía, y lo publicado en el periódico citado se reduce a una disertación sobre las ventajas de la Agricultura, afirmando constantemente la idea de que "*del régimen dietético de un pueblo o de la especie de alimento de que use diariamente y del género de ocupaciones y trabajos a que le obliga la elección de aquel sustento, emanan, por una serie natural y sucesiva de causas y de efectos, la comodidad doméstica, el poder nacional y la prosperidad pública*".

Son un tanto disculpables estas ingenuas y fantásticas teorías si se tiene en cuenta que en aquellos días las ciencias biológicas y físicoquímicas no estaban ni perfeccionadas ni vulgarizadas y las teorías sociales y económicas carecían por ello de uno de sus más seguros soportes.

Digitized by Google

El interés máximo de todo este período le despierta la obra de Malthus, citada su traducción, sin decir quién la hiciera, en 1808. (*Gaceta de Madrid*, 21 junio 1808): *Ensayo sobre el principio de población o exposición de los efectos pasados y presentes de la acción de esta causa en favor del género humano, a que siguen algunas indagaciones relativas a la esperanza de curar o hacer más llevaderos los males que acarrea. Nueva edición considerablemente aumentada. T. R. Malthus.*

En 1811, y en el mismo periódico —*Gaceta de Madrid*— se cita nuevamente la traducción y se glosa encomiásticamente la doctrina, tratando de convencer a las gentes de que la Economía política es ciencia que necesita "*suma preparación*" y que el "*economista debe calcular, y para obtener el resultado que desea, combinar a los hombres como el matemático combina los números*". "*Muchas veces es necesario reprimir los primeros movimientos que nos inspiran la piedad y la compasión, y aun acaso olvidar los deberes que la moral impone a cada individuo en particular.*"

Como se ve, es muy curiosa esta anulación de la piedad, y más aún el favor conseguido en España por la obra de Malthus, que tan certeramente hería creencias religiosas que en estos días parecían las dueñas de la conciencia general del país. ¿Encajaba el pesimismo de Malthus con el ascetismo español?

El éxito de la obra de Malthus es progresivo: nuevos resúmenes de su obra en el *Mercurio Español* —2 septiembre 1814—, extractos en números del mismo periódico correspondientes a 25 julio 1817 y en *El Censor* de 5 agosto 1820 y una referencia minuciosa y anuncio de traducción de las *Cartas de M. J. B. Say a M. Malthus sobre varios puntos de Economía política* en los legajos que la Biblioteca Nacional —Sala de Varios. P. en 8.°, pág. 37— conserva como correspondientes al reinado de *Fernando VII*.

¿Por qué esta preferencia? Desde luego es muy significativo que no se hagan más que traducciones francesas hasta el año 1808, y que la hostilidad guerrera a Francia y la cooperación cordial de Inglaterra se manifieste tan palpablemente en el campo económico, abriendo un nuevo cauce a la curiosidad y al estudio de sociólogos y economistas. Malthus era un gran fi-

Digitized by Google

lántropo, un amigo del pueblo, y precisamente en el año 1808 la actuación del pueblo, de las masas anónimas, fué decisiva en España. Las referencias se ocupan del estudio sobre población y es natural que así sea, pues el resto de la obra económica de Malthus es posterior a 1808.

Entendida entonces la doctrina malthusiana en su pura esencia, sin las mixtificaciones acomodaticias que sobre ella han vertido los que se llaman sus discípulos, como afirma Gide, no repugnaba al espíritu religioso del pueblo español. Recuérdese que su fórmula de "*moral restreint*" se resuelve en la castidad.

Las traducciones disminuyen de manera progresiva. A 1812 sólo corresponde *La moral universal de Holbach*, con un sentido más filosóficomoral que económico, y a 1813, según un edicto de prohibición del Santo Oficio que publica el 15 de marzo de 1817 *Diario de Madrid*, corresponde la traducción de *Elementos del Derecho de gentes*, escrito en francés por Lacrois y traducido por Manuel Muñoz. No se explica la enconada persecución de la obra, que se prohibe "*así la obra como la traducción por contener proposiciones malsonantes, subversivas del buen orden, falsas, reprobadas e injuriosas para el Santo Oficio y contra los derechos de la Iglesia y del Soberano*", pues Lacrois, que es un verdadero precursor del abad de Saint-Pierre y de los fisiócratas, entusiasta de la justicia y de la paz universal, impregna su obra de un sentimiento de amable misericordia y exhorta tan dulcemente a los reyes para que instauren la era de la justicia, que no merece tan duro trato.

A 1814 corresponden dos noticias bien insignificantes; una traducción: *Causas de la revolución civil y religiosa de Francia en el año 1789, y medios de que se han valido para efectuarla los enemigos de la Religión y del Estado*, escrita en Italia por el abate Hervás, citada en la *Atalaya de la Mancha en Madrid*, periódico verdaderamente reaccionario, que dirigía fray Agustín de Castro, de fuerte apasionamiento político y cuyo espíritu de guerra contra las ideas de la Revolución francesa concuerdan con el espíritu de la obra que deja entrever su título. La obra queda, por su asunto, un poco al margen de las cuestiones económicas.

Figura también este año un anuncio de *Mercurio Español*,

Digitized by Google

en que se da cuenta del establecimiento de una cátedra de "*Economía política desempeñada por Fr. Eudaldo Jammeaudreu*", "*lector jubilado en la Orden Calzada de San Agustín y que la dará por la obra y tratado de Say*".

De 1815 no se conserva referencia de ninguna traducción económicosocial.

A 1816 tan sólo corresponde la indicación y anuncio de *Mercurio de España* sobre la obra de W. T. Comber: *Investigaciones sobre el estado de la subsistencia nacional, en cuanto está ligada con los progresos de la riqueza y de la población*, y a 1817 la *Carta de monsieur de Saint-Aubin a M. Benjamín de Constand sobre la deuda pública de Inglaterra inserta en el "Merrio de Francia", y aquí cita su anuncio "Minerva"*. Los autores de estas obras no figuran en diccionarios ni antologías.

A partir del año 1818 se advierte un florecimiento de la producción económica importada; no porque aumente el número de traducciones, sino por la autoridad de las firmas que se ofrecen.

Así *Minerva*, periódico esencialmente literario, cita en su tomo XII, correspondiente a agosto 1818, la obra *Principios de economía política considerados por las relaciones que tienen con la voluntad humana*, escrita en francés por el Conde Destutt de Tracy y traducida al castellano por don Manuel M.ª Gutiérrez. Se hace un resumen minucioso, que muestra la conexión de ideas de Tracy con Locke y Condillac, el intenso carácter filosófico que en su obra adquiere la Economía Política y su fino método de análisis. "*Los tres grandes beneficios* —dice— *de la sociedad o de los cambios son: concurso de fuerzas, acumulación y conservación de luces y división del trabajo.*"

En 1819, la *Crónica Científica y Literaria* —13 abril— cita "*De los principios de economía política y del impuesto, por monsieur David Ricardo, obra traducida del inglés al francés por F. S. Constancia, con notas de J. B. Say.* En un extenso comentario se da el juicio de la obra siguiendo a Smith y Say. La amplitud de la obra de Ricardo es tal, que se relaciona, en afinidad u oposición, con lo más exquisito de la ciencia económica, y en España absorbió buena parte de la atención que correspondía a estos estudios.

Digitized by Google

En 1820 sigue la depresión en las traducciones de obras económicas, cuyo interés sólo se concentra en una de carácter proteccionista, bien insignificante: *Elementos de Economía política,* por monsieur d'Hauterive.

Hacia el final de 1820 se imprime en Valencia una obra que conserva la Biblioteca de la Academia de la Historia —6-12-5—, que se titula *De la Revolución actual de España y de sus consecuencias por M. de Pradt, arzobispo que fué de Malines, traducido al castellano con notas por J. F. G.* Esta obra es muy interesante por las ideas de encomio que al autor sugiere el movimiento de Riego, y por reflejar el interés que despertaron en Europa las cuestiones de la política española de entonces. Es como una reversión del interés nacional en los hechos políticos al espíritu europeo.

Como se ve en la precedente relación, las prohibiciones de 1804 repercuten en la producción de doctrinas económicas, disminuyendo las traducciones.

Pasada la Guerra de la Independencia, la hegemonía que disfrutó Inglaterra vuelve a Francia, cuyo contacto era más intenso y mucho más fácil. La traducción y, sobre todo, la imposición de ideas francesas es aún más palpable en las obras nacionales, aunque entonces sucede con frecuencia que las gentes forman planes de orientación extranjera sin confesar su origen.

Los economistas más seguidos fueron: Herreunschwand, aceptado oficialmente, cuyo conservadurismo se adaptaba muy bien a la timidez reformatoria de las esferas oficiales, muy principalmente al iniciarse el siglo XIX.

J. B. Say y Smith gozaron también muy general aceptación; aceptación que se advierte, no sólo en la abundancia de traducciones, sino también muchas veces al comentar doctrinas importadas. El tipo de comentario comparativo lo constituyen las doctrinas de Smith. (Smith fué traducido en 1794, e influyó en Jovellanos.)

Pero la supremacía en las traducciones corresponde a Malthus, con una cierta interpretación mística de sus doctrinas, que claramente adviértese en los comentarios.

CONCEPCIÓN ALFAYA.

Digitized by Google

TRABAJOS PRACTICOS DE DERECHO MERCANTIL

(*Continuación.*) (1)

PROBLEMA NUM. 16

La Compañía mercantil A contrata con la casa industrial B que, mediante el pago de una prima, podrá exigir A a B la entrega de cierta cantidad de lingote de hierro mensualmente, durante un año, pudiendo renunciar a ella si A lo desea.

¿Qué clase de contrato es éste? Efectos del mismo. Su extinción.

DICTAMEN
DEL SEÑOR GARCIA FERNANDEZ (DON JULIAN)

Es este un problema cuyo objeto es el contrato de opción, por lo cual, para tratar de resolverlo, es preciso empezar haciendo un estudio de lo que sea este contrato.

¿Qué quiere decir opción? Etimológicamente significa "facultad de elegir entre varias cosas"; por tanto, contrato de opción habrá de ser aquel en que una de las partes se reserva la facultad de adquirir o no determinada cosa, dando algo a la otra parte contratante por vía de compensación. Es este un contrato que tiene gran vida en Bolsa y da carácter a ciertas operaciones, que recaen principalmente sobre efectos públicos.

Así, toman el nombre de opción las operaciones de venta a plazo, en las que entra como condición resolutoria el derecho a favor del comprador de optar por su cumplimiento, o porque queden sin efecto, mediante el pago de la indemnización convenida. Pero no tiene sólo esta acepción, pues opción también es el contrato en

(1) Véanse los núms. 20, págs. 565-576 y 21, págs. 60 a 86.

Digitized by Google

que el comprador o el vendedor estipulan el entregarse en la época determinada una cantidad mayor (por ejemplo, el doble o el triple) que aquella sobre la que contrataron firme, y, en este caso, el comprador trata a un cambio más elevado y el vendedor a un cambio más bajo que el cambio normal. En esta acepción definen el contrato de opción los autores Lacour (1) y Cosack (2).

Antiguamente, la palabra *opción* se aplicaba a toda operación con prima, y en este sentido figura en el *Dictionnaire de Commerce* del año 1723, escrito por Savary. Actualmente no se aplica más que en los casos que quedan indicados, aunque en realidad todas las operaciones con prima pueden calificarse de opciones.

Pero, fuera de las operaciones de Bolsa, ¿puede darse en algún caso este contrato? Vamos a ver que sí, y que puede presentarse de varias maneras, indicadas por el señor Ossorio Gallardo en su libro titulado *El contrato de opción*. Estas maneras son principalmente dos: una, en la cual quien recibe la opción es un intermediario que busca el privilegio para colocar la mercancía en manos de un tercero; y otra, en la que quien recibe la opción se reserva la facultad de deliberar si adquiere por sí y para sí la mercancía en venta. En esta segunda manera, el dueño de una casa se obliga a venderla a otra persona mediando conformidad en el precio, con la facultad a favor de ésta de optar entre tomar la cosa o dejarla. En este caso creemos encaja perfectamente el problema que estudiamos. En efecto: la casa industrial B es propietaria de los lingotes de hierro que suministra cada mes a la Compañía mercantil A; pero concedió a ésta la facultad de renunciar a dicha cantidad de lingotes mediante el pago de una prima. De modo que aquí la Compañía A puede optar entre seguir recibiendo la cantidad de lingotes estipulada o renunciar a ella antes de un año si así le conviene.

Tiene por objeto este contrato prevenirse contra las oscilaciones del mercado, admitiendo la modalidad de que el comprador deje de consumar el contrato, abonando cierta cantidad. En nuestro problema, si los lingotes de hierro sufriesen a los tres meses de contratar A y B gran disminución en su precio,

(1) *Précis de Droit commercial*, tomo II.
(2) *Droit commercial*, traducción francesa, tomo II.

Digitized by Google

A optaría por pagar una prima, antes que seguir recibiendo el hierro al precio estipulado durante todo un año. Estas transacciones son las que suelen llamarse *futuros*.

Podemos, pues, contestar sin ningún género de duda que el caso objeto de nuestro estudio es un contrato de opción.

¿Tiene este contrato caracteres propios, particulares, que sean suficientes para poder diferenciarlo de los demás contratos? No existe unanimidad entre los autores respecto a este punto, y de ahí que se disputen la razón diversas teorías, de las que sólo mencionaremos las más importantes. Tales son:

1.ª La que en la estipulación de la prima reconoce un pacto adjunto al contrato de compraventa, por el cual el comprador paga una suma en consonancia al derecho que adquiere de rescindir el contrato libremente; de modo que los partidarios de esta opinión ven en dicho pacto un contrato de compraventa sometido a condición resolutoria potestativa. Luego veremos cómo, apoyándose en esto, proclaman la ilicitud del contrato.

2.ª Otra teoría considera la estipulación de la prima en concepto de arras, o la equipara a cláusula penal, olvidando quizá que las arras tienden a asegurar la ejecución del contrato, mientras que la prima se paga aun en el caso de que el contrato se ejecute, y no se puede hablar de inejecución del contrato cuando el comprador no ejercita el derecho que se le ha asegurado con el pago de la prima; además, las arras se pagan en el momento de la estipulación del contrato, y la prima no es preciso que se pague en ese momento.

Que no es contrato con cláusula penal no requiere demostración, puesto que aquella cláusula sólo hace señalar la parte deudora que ha de resarcir el daño por incumplimiento de su obligación, y aquí no se trata de resarcir ningún daño.

3.ª Hay autores que dicen que el contrato de opción no es más que una promesa de venta. Es fácil diferenciar un contrato de otro con sólo fijarse en que en la promesa de venta las obligaciones son recíprocas entre los promitentes, que pueden exigirse la entrega de lo ofrecido; en cambio, en la opción la oferta es unilateral, ya que el optatario se compromete a vender, pero el optante no se compromete a pagar, y precisamente esa libertad en que se le deja es la que da nombre al contrato.

Digitized by Google

4.ª Aún hay otra teoría que equipara la prima pagada en el contrato de opción a una verdadera prima de seguro; pero esta opinión tiene el inconveniente de descomponer sin necesidad el contrato único en dos contratos diversos, como son: el de compraventa y el de seguro; además, no tiene en cuenta que falta en el supuesto seguro la obligación de resarcir el daño, porque si es cierto que el comprador recurre a una parecida convención para salvarse de una pérdida probable, falta, no sólo la voluntad de las partes, sino la misma estructura y finalidad del contrato de seguro contra el daño.

De la exposición de todas estas teorías y de los argumentos con que las refutamos, se deduce que el contrato de opción tiene un carácter especial, peculiar, que consiste en la libertad en que se deja al comprador, por la cual puede obrar con tal seguridad que, por mucha depreciación que sufran las materias objeto del contrato, no constituye para él más que una pérdida insignificante: la de la prima convenida. Por eso el señor Ossorio Gallardo dice que puede considerarse la *libertad* como la verdadera materia del citado contrato.

Algunas dudas se han suscitado sobre la licitud del mismo. Cierto es que no existe ningún precepto legal que lo regule; pero de eso no puede deducirse su ilicitud.

Nosotros sostenemos la perfecta legitimidad del mismo, apoyándonos en el artículo 1.255 del Código Civil y en el 51 del Código de Comercio. El primero de dichos artículos dice que: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público." Y nosotros creemos que en el contrato de opción no hay nada que sea contrario a ninguna de esas tres cosas, pues aunque intenten tacharlo de inmoral, es sin fundamento, ya que el vendedor de una cosa, al contratar concediendo derecho de opción sobre ella, ya sabe que, caso de que al comprador le convenga, puede rescindir el contrato, y, además, por eso cobra la prima en compensación al riesgo que corre.

El artículo 51 del Código de Comercio corrobora nuestra opinión al establecer que: "Serán válidos y producirán obligación y

Digitized by Google

acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto..."

Hay que llegar, pues, a la conclusión de que es lícito el contrato de opción. Sin embargo, no lo creyeron así los autores italianos que, fundándose en el artículo 1.162 de su Código Civil, que dice: "Será nula toda obligación contraída con una condición que la haga depender de la mera voluntad de aquel que se haya obligado", oponen al contrato de opción ser una compraventa sometida a condición protestativa por parte de uno de los contratantes (el optante). Pero Navarrini, en su *Trattato di Diritto Commerciale,* y especialmente en su *Contrati di Borsa,* opina que esta crítica es infundada, puesto que el artículo 1.162 declara nula la obligación cuya existencia dependa de la mera voluntad del que se ha obligado, y no se puede sostener esto en el contrato de opción, porque la voluntad del que paga la prima obra a causa de un hecho que está fuera de su alcance, cual es la variación de precio del objeto sobre que se reservó el derecho de opción.

La misma objeción que hicieron los autores italianos es factible en nuestro Derecho, pues el Código Civil dispone en el artículo 1.115 que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Pero esa objeción se rebate del mismo modo, además de que, como dice muy bien Supino, la condición resolutoria puede ser también potestativa, porque no deja en duda la existencia de la obligación sino tan sólo su resolución.

Más dudosa se presenta la cuestión cuando se trata de las diversas modalidades que el contrato con prima tiene en algunas operaciones de Bolsa, especialmente en las llamadas *dobles* (*stellage,* que dicen los italianos), porque como generalmente lo que se estipula en ellas no es la entrega de los títulos convenidos, sino el pago de la diferencia entre el precio fijado y el corriente en el día de la ejecución del contrato, presenta éste gran semejanza con una apuesta sobre el curso que los efectos tendrán en la época en que ha de cumplirse la compraventa.

De aquí la desconfianza con que generalmente se mira este

Digitized by Google

contrato, que el señor Lastres, en su *Contratación sobre efectos públicos,* califica de ilícito. No obstante, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de noviembre de 1896, ha declarado que, a tenor de los artículos 74 y 75 del Código de Comercio, son lícitas las operaciones sobre diferencias. ¿Cómo no ha de serlo, pues, el contrato de opción sobre mercaderías?

En España no se conocen apenas, pero en el extranjero son muy variadas las operaciones con prima sobre mercaderías, existiendo primas simples, para entregar o no, para tomar o no, y dobles primas, que dan al comprador o pagador el derecho de entregar o de tomar, a su elección, en la época previamente indicada, siendo, naturalmente, más cara la prima doble que la simple, pues ésta no da, como aquélla, derecho a una doble opción. La prima se paga en todo caso independientemente de la mercancía.

En el Havre se crearon, en 1882, cajas de liquidación de las operaciones sobre mercaderías, que tienen por objeto limitar los riesgos de una y otra parte, haciendo que los especuladores depositen en las cajas de estas asociaciones cantidades en relación con la importancia de las oscilaciones del precio. Existen, para los trigos, en Chicago, New-York, Londres, Liverpool, Marsella, París, Budapest y Berlín; para el maíz, en Budapest; para el centeno, en Berlín; para los aceites, en París; para los cafés, en Hamburgo, etc.

La jurisprudencia italiana negó por mucho tiempo acción en juicio a todo contrato que tuviera por objeto el simple pago de una diferencia, ajustándose a los términos del artículo 1.802 del Código Civil, que niega acción para el pago del débito procedente de juego o apuesta; disposición contenida también en el artículo 1.798 de nuestro Código Civil. La dificultad está en distinguir en la práctica cuándo se estipuló la entrega de los títulos y cuándo el pago de la diferencia. Como, además, de esa manera se haría posible que el que hubiere celebrado un contrato de esta especie se sustrajese a su cumplimiento si así le convenía, se inició una corriente en favor de la validez de estas operaciones, y por válidas las reconoció la Ley de 13 de septiembre de 1876. Lo mismo sucedió en Francia, por Ley de 1885.

Digitized by Google

Por tanto, nosotros creemos que mientras se acepten como legales las operaciones de Bolsa, tales como fijar hoy el precio de lo que se entregará a fin de mes; el reservarse tomar unos títulos antes de la fecha señalada para beneficiarse con la elevación de su valor, y otras varias, que no estimamos oportuno enumerar aquí, no hay por qué considerar como ilícito el contrato de opción, que a todo lo más a que puede dar lugar es a una especulación, y ésta no es sólo obra del azar, sino que supone un trabajo por parte del especulador, cual es el indagar y prever las causas que pueden influir en los cambios de precio de las mercaderías, pues para especular es preciso conocer a fondo las leyes económicas.

¿Qué efectos produce este contrato? En nuestro caso producirá la obligación, por parte de la casa industrial B, de seguir suministrando mensualmente, durante un año, la cantidad de lingote de hierro estipulada, si antes A no renuncia a ella. Y por parte de A deberá o recibir todos los meses dicha cantidad o, caso de renunciar a ella, pagar la cantidad convenida en concepto de prima.

SU EXTINCIÓN.—La extinción de este contrato puede tener lugar:

1.° Por expirar el plazo de los doce meses habiéndose verificado las corrientes entregas.

2.° Por la determinación de A de renunciar a las entregas de lingote, si así le conviene.

PROBLEMA NUM. 18

Vendido parte del activo de una Compañía y distribuído en forma de dividendo, ¿será este capital o renta a los efectos del usufructuario de las acciones de la Compañía?

DICTAMEN
DEL SEÑOR ROMERO VIETEZ (DON MANUEL)

Es el activo el conjunto de bienes, derechos y acciones de la Compañía en un momento dado. "Parte de él se vende — nos dice el enunciado—; y el producto de esta venta se reparte en forma de dividendo a los accionistas."

Digitized by Google

Ahora bien; los capitalistas aportan su dinero y suscriben las acciones de las Compañías anónimas con el anhelo de hacerlo productivo, de obtener un lucro. La forma simple y primaria de obtener tal resultado sería el repartimiento proporcional de los beneficios, caso de haberlos, al extinguirse la Sociedad cumplida su misión, que es cuando únicamente se puede fijar con exactitud la existencia o inexistencia de ganancias; pero tal cosa haría imposible —no hay para qué señalarlo siquiera— la existencia de esas Compañías. Por eso, el repartimiento periódico y parcial de ganancias se hace necesario. Y estos repartos son los que reciben el nombre de dividendos activos.

Tales repartos, periódicos y parciales, han de concretarse a las ganancias, a los beneficios; no pueden afectar a la integridad del capital, porque el capital social es, en las Compañías anónimas, la suprema garantía de los acreedores, pues aun cuando existiendo beneficios no repartidos, éstos, en unión del capital, formarán la masa que responda de las deudas sociales, según declara el artículo 154 de nuestro Código Comercial, esto no contradice la afirmación precedente, ya que dichos beneficios pudieron ser repartidos, mientras que el capital social sólo mediante requisitos taxativamente marcados en el artículo 168 del Codigo, puede acordar el reducirlo, y tal acuerdo no puede ser realizado si el capital que restaría a la Sociedad no excediese de un 75 por 100 del importe de las deudas y obligaciones de la misma, a no ser que los acreedores lo consientan.

El capital solo es el que está llamado, por su propia naturaleza, a ser garantía de las deudas y obligaciones de la Sociedad anónima. Los beneficios no son parte integrante del capital en las Compañías anónimas; por eso pueden ser repartidos periódicamente. Vemos, pues, aquí una diferencia entre la Sociedad anónima y el comerciante individual. Este —como hace notar Folliet (1)— tiene representado en el activo de su Balance un valor igual a su capital, más su pasivo, pues todo beneficio y toda pérdida se traducen en un aumento o una disminución de su capital; mientras que en la Sociedad anónima el beneficio no constituye

(1) *Le Bilan dans les sociétés anonymes au point de vue juridique et comptable*, 1913, pág. 3.

Digitized by Google

directamente aumento, ni la pérdida disminución del capital. Si hay beneficio, éste no será añadido al capital; si hay pérdida, el capital quedará ficticiamente intacto.

Es, pues, necesario determinar cuidadosamente la existencia de beneficios y su cuantía, para que el capital no sufra alteración. A tal finalidad conduce el Balance, que, a más de servir para fijar y determinar la cuantía de los beneficios o la existencia de pérdidas, es una garantía contra las posibles ficciones conducentes a hacer pasar como beneficio lo que en realidad no fuese sino una disminución del capital, con todas las graves consecuencias que tal ficción acarrearía. Por esto ha podido decir Thaller (1) que la teoría de los beneficios (y, por lo mismo, la de las pérdidas) no puede ser separada de la teoría de la publicidad. Y, en efecto, en ella buscan las legislaciones garantía contra las posibles ficciones de beneficios atentatorios a la necesaria integridad del capital social.

Nuestro Código de Comercio, en su artículo 157, preceptúa que las Compañías anónimas publiquen anualmente en la *Gaceta* balance detallado de su situación económica. Un balance ficticio haría fraudulenta la quiebra, si ésta llegase, conforme al artículo 850, número 2.° Los preceptos consignados en el Código terminan aquí. Pero en otras legislaciones, teniendo en cuenta el principio de que sólo los beneficios deben poder ser repartidos a los accionistas mediante los dividendos, principio que concretamente declaran algunos códigos, como el italiano en su artículo 181, procuran darle efectividad por todos los medios y prohiben la fijación de interés a las acciones, a no ser durante el período de preparación del negocio, en aquellos casos en que el capital social no puede producir desde el primer momento, como hacen las legislaciones alemana e italiana, por ejemplo (2); y, por lo mismo, admiten la repetición de los dividendos ficticios cuando el accionista que los percibió carecía de buena fe, como

(1) *Traité élémentaire de Droit commercial.* París, 1904, § 378.

(2) V., por ejemplo, GIOVANNI PATERI, *La società anónima,* Torino, 1890; COSACK, *Traité de Droit commercial,* trad. L. Mis, París, 1907, tomo III.

Digitized by Google

hace la Ley francesa de 1867 en el párrafo 3.º de su artículo 10 (1).

Es decir, que el dividendo debe estar subordinado a la existencia de beneficios y a la integridad del capital social.

En el balance los beneficios o pérdidas los arroja la cuenta de pérdidas y ganancias que, como hace notar Folliet (2), puede considerarse, por su origen, como una subdivisión del capital, pero que, en el régimen de las sociedades anónimas, forma partida aislada, que se incluye en el pasivo del ballance, si arroja beneficios, y en el activo si denota pérdidas.

Desde luego, el que los beneficios puedan ser repartidos en forma de dividendos no excluye la posibilidad de que no se repartan en su totalidad entre los accionistas; puede —y en algunas legislaciones, como la alemana y la italiana, debe (3)—, destinarse una parte de ellos a fondo de reserva. Y en tal supuesto, no pierden su condición de beneficios ni se confunden con el capital y, en su consecuencia, pueden —si la reserva no está impuesta por la ley— repartirse entre los accionistas cuando así se estime conveniente. En tal supuesto pueden repartirse dividendos mayores de los que la cuantía de beneficios en determinado año haría posible, o no repartir dividendos pasivos, o repartirlos activos en un ejercicio en que no hubiese ganancias, etc., etc.

Esto sentado, volvamos al caso propuesto. El producto de la venta se reparte en forma de dividendo. Menester es para ello que el balance arroje beneficios ficticia o no ficticiamente, o que, aun no habiéndose obtenido ganancias en aquella anualidad, hubiese fondos de reserva suficientes o que se hayan repartido, lo que es menos probable, sin inventario o contra lo resultante en él. Estos supuestos posibles en nada alteran la solución pedida. Determinarán responsabilidades, posibles repeticiones del dividendo pagado, etc., etc.; mas nunca variarán la naturaleza de éste, pues como beneficios y en satisfacción del derecho de los accio-

(1) HOUPIN, *Traité... des sociétés*, París, 1912, tomo I, pág. 133; véase también PATERI, ob. cit. y PIPIA, *Trattato*, vol. II, Torino, 1914, páginas 669 y siguientes.

(2) Ob. cit., pág. 249.

(3) COSACK. ob. cit., tomo III, § 118; art. 182 del Código de comercio italiano.

Digitized by Google

sistas a percibir dividendos, habrá sido repartido, en todo caso.

Se nos pregunta si el dividendo repartido es fruto o capital.

Las acciones de una Compañía no son solamente representación del capital social, como dice el artículo 160 de nuestro Código. Representan un conjunto de derechos y obligaciones del accionista, sobre el cual recae el usufructo. Uno de esos derechos es el derecho al dividendo, es decir, el derecho a percibir una parte proporcional de los beneficios líquidos de la Sociedad. La existencia de este derecho es lo que hace que el pago del dividendo, aun siendo éste ficticio, no sea considerado como pago de lo indebido, y que, en su consecuencia, no quepa repetición a no haber mala fe de parte del accionista. Respecto a estos dividendos, adquiere el accionista derecho a percibirlos desde que la asamblea general acuerda su cuantía y distribución, pues la existencia de beneficios no quiere decir que el accionista tenga derecho a percibirlos todos; el derecho de crédito a favor del accionista y contra la Sociedad surge al ser tomado dicho acuerdo, según ha resuelto la jurisprudencia francesa (v., p. ejem., Folliet, ob. cit., pág. 275), y desde tal instante, como acreedor —por la cuantía del dividendo no repartido aún—, concurrirá el accionista, en caso de quiebra, a diferencia de como lo haría si se tratase de beneficios no acordados repartir.

Ahora bien; es fruto, nos dice una fórmula clásica, "*quidquid ex re nasci et renasci solet*". Esto es, que el fruto es algo de producción periódica; algo que, al ser producido, deja a la cosa productora apta para reproducir; es decir, que no altera su substancia. Y aún encierra esta fórmula otra idea: la de estar la cosa destinada económicamente a producirlos, idea conocida y desarrollada en el Derecho romano (1) y que recoge, en unión de las anteriores, el Código Civil suizo, en su artículo 643, que dice son frutos "los productos periódicos y todo lo que el uso autorice a sacar de la cosa según su destino". Y comentando tal artículo señala Wieland otra nota distintiva del fruto (2): su destino a la satisfacción de las necesidades de la vida. "El empleo

(1) V., por ejemplo, GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit romain*, pág. 255.

(2) *Les droits reels dans le Code civil suisse*, tomo I, 1913, pág. 90.

Digitized by Google

o enajenación de los frutos en vista de la satisfacción de las necesidades personales del poseedor, es —dice— la característica de su naturaleza, mientras que la cosa misma de que son sacados está conservada en vista de la producción futura. Por esto es por lo que los frutos pertenecen al titular del derecho de goce, sea propietario, usufructuario o arrendatario".

Pues bien; el dividendo, que es producto de la acción; que se *separa* de ella en el momento en que se acuerda el reparto, cobrando individualidad propia, sin alterar su substancia; que tiene la nota de periodicidad; que, según hemos visto, está llamada la acción a producir por su *destino económico;* que hasta reúne la característica que Wieland atribuye, como propia de su naturaleza, al fruto, parece poder ser considerado como tal, a semejanza de como lo son los intereses de las obligaciones y títulos al portador o los beneficios de una explotación industrial o mercantil, por el artículo 475 de nuestro Código Civil, y en su consecuencia, ser atribuídos al usufructo de las acciones.

PROBLEMA NUM. 30

La Compañía naviera T es propietaria, entre otros, del buque Z. A consecuencia del mal estado del buque para navegar (conocido por la Compañía), aborda a otro buque, causándole daños a su cargamento y, al propio tiempo, al Capitán y a la tripulación.

¿Podrá la Compañía eximirse de responsabilidad abandonando el buque y sus pertenencias? ¿Qué ocurriría en el supuesto de que los reclamantes fuesen los fletadores del buque abordante, y en el contrato de fletamento exista cláusula limitativa de la responsabilidad del propietario del buque, al valor de éste y sus pertenencias? Examen del problema en Derecho vigente comparado.

DICTAMEN
DEL SEÑOR NAVARRETE Y DEL SOLAR (DON ADOLFO)

Empezaremos por estudiar el caso en nuestro Derecho vigente.

Del examen de los artículos 587, 590 y 837 del Código de

Digitized by Google

Comercio, parece deducirse que la exención de la responsabilidad mediante el abandono del buque no se produce, sino en el caso de que los daños causados se produzcan a consecuencia de la negligencia del Capitán.

Así se ve en el artículo 587, que al decir "...será también responsable de las indemnizaciones a que diere lugar la conducta del Capitán; pero podrá eximirse de ella haciendo abandono del buque con todas sus pertenencias...", parece dar a entender de un modo claro que sólo en el caso de que los daños procedan de culpa del Capitán será posible el abandono.

Análoga conclusión parece sentar el artículo 590 cuando dice: "...serán responsables a las resultas de los actos del Capitán, etcétera..."

Respecto del artículo 837, no habla para nada de abandono, y se limita a decir que las responsabilidades civiles quedarán limitadas al valor del buque con todas sus pertenencias y fletes, devengados en el viaje.

Por tanto, en este caso concreto no serán aplicables los dos primeros artículos, porque el abordaje no es imputable al Capitán, sino a la Compañía naviera, que, conociendo el mal estado del buque, permitió que se realizará el viaje.

Ahora bien; el núm. 4.° del art. 612 dice que el Capitán del buque, antes de recibir la carga, y si lo exigieren los cargadores, habrá de realizar un reconocimiento, acompañado por los oficiales de la tripulación y dos peritos, para ver si el buque se encuentra en buen estado para navegar.

Aquí pueden ocurrir dos casos: que se solicite el reconocimiento por los cargadores y que no se solicite. En ambos casos habrá obligación de reconocerlo: en el primero, porque los cargadores ejercitan el derecho que les concede el Código de Comercio de pedir el reconocimiento, y en el segundo, porque el Reglamento de 25 de noviembre de 1909, en sus arts. 1.° y 8.°, obligan al Capitán a que reconozca el barco antes de la navegación.

En estos supuestos, ¿será suficiente el acto del Capitán de no reconocer el buque, para acogerse a los beneficios del art. 587?

A mi entender, no; porque dice el citado artículo que los actos se referirán *a la custodia de los efectos,* y en este caso

Digitized by Google

no es así, pues lo que pudo haber fué una negligencia del Capitán por no realizar el conocimiento con la debida detención, caso en el cual la responsabilidad alcanzará lo mismo a los oficiales de la tripulación y a los peritos que con él realizasen el reconocimiento.

Creo, por tanto, que no son aplicables las disposiciones de los arts. 587 y 590, porque no se trata de actos del Capitán, sino de una negligencia de la Compañía, que conociendo el mal estado del buque permitió la navegación.

Claro es que puede tener alguna responsabilidad el Capitán por haberse encargado del mando conociendo el mal estado de la nave.

Será aplicable a este caso la disposición del art. 837, puesto que dice: "La responsabilidad que contraen los navieros *en los casos prescritos en esta sección...*", y en esa sección —que es la tercera del título 4 del libro III del Código de Comercio— se trata de los abordajes, y se establecen dos supuestos, el del abordaje culpable y el del abordaje fortuito o forzoso.

El primero se establece en el art. 826, que dice: "Si un buque abordase a otro, por culpa, *negligencia* o impericia del Capitán, etc..."

Esta negligencia puede ser, o bien en el acto del abordaje, o bien antes de este momento, como en este caso sucede, pues el abordaje se produjo por la negligencia del Capitán al practicar el reconocimiento.

Creo, por tanto, que este caso de negligencia cae dentro de los límites del art. 226, y, por consiguiente, que será aplicable el precepto del 837, pues éste habla de los *casos prescritos en esta sección*, uno de los cuales, según acabamos de ver, es el que estamos estudiando.

Por tanto, la Compañía propietaria del barco Z tendrá que indemnizar al propietario del buque abordado, pero no será suficiente el abandono del buque —pues aquí no se trata de un acto del Capitán y sí de una negligencia de la Compañía—, sino que la Compañía indemnizará por el valor de los daños causados, pudiendo acogerse al beneficio del art. 837, en el caso de que el valor de los mismos exceda del valor del bu-

Digitized by Google

que con sus pertenencias y fletes devengados, caso en el cual bastará que indemnice por este valor.

Esto no obstante, y como dice el art. 829, queda a salvo la acción civil para exigir al Capitán las responsabilidades en que hubiere incurrido por la negligencia en practicar el reconocimiento.

En el segundo caso se supone que los fletadores reclaman al propietario del buque abordante, por los daños que sus mercancías sufrieron a causa del abordaje.

En este supuesto, a mi entender, la responsabilidad del propietario está doblemente limitada al valor del buque con sus pertenencias y fletes, pues no sólo existe la disposición general del art. 837, sino que existe la declaración especial del contrato de fletamento.

Por tanto, el propietario del buque en este caso tendrá limitada su responsabilidad y los fletadores habrán de conformarse con esta limitación.

Ahora bien, el art. 676 del Código de Comercio dice: "Perderá el Capitán el flete, e indemnizará a los cargadores, siempre que éstos prueben, aun contra el acta de reconocimiento, si se hubiere practicado en el puerto de salida, que el buque no se hallaba en condiciones de navegar al recibir la carga."

El supuesto de este artículo es precisamente el del caso que estudiamos, y como el núm. 4.° del art. 612 establece que el Capitán tiene obligación de reconocer el buque, si así lo solicitan los cargadores, si éstos prueban que hubo negligencia en este reconocimiento, o en el caso de que no se hubiera practicado, que el buque no estaba en condiciones de navegar, como en este caso sucede, el Capitán quedará afecto a las responsabilidades que establece el art. 676.

No es aquí aplicable la limitación de la responsabilidad, puesto que ésta no se concede más que en favor de los navieros, como se ve en los arts. 587, 590 y 837, pero nunca en favor del Capitán.

Por tanto, los fletadores habrán de dirigirse contra el Capitán para hacer efectivas las responsabilidades que fija el art. 676.

Terminado el estudio del problema en el Derecho vigente,

Digitized by Google

vamos a estudiarlo en el Derecho anterior y en Derecho comparado.

El Código de 1829, en su art. 622, dispone que el naviero podrá librarse de la responsabilidad por actos del Capitán, abandonando la nave con sus pertenencias y fletes devengados.

Vemos que este precepto coincide con el art. 587 del Código vigente, y, por tanto, no lo consideramos aplicable a este caso concreto, pues, como dijimos anteriormente, aquí no nace la responsabilidad de actos del Capitán.

En cuanto a la limitación de la responsabilidad que establece el Código vigente en su art. 837, nada dice el Código del 29 y, por tanto, el naviero habrá de responder de los daños causados sin ninguna limitación.

Ahora bien, en el art. 642 del Código anterior se impone al Capitán la obligación de reconocer el buque antes de tomar la carga, y, por tanto, del incumplimiento o cumplimiento negligente de esta obligación puede nacer responsabilidad. Responsabilidad que se fija de modo análogo que en el Código vigente, en el art. 779, que establece que en el caso que estuviese probado que el barco no estaba en condiciones de navegar, no se podrá exigir el pago de los fletes, y el fletante responderá de todos los daños y perjuicios.

Discrepa este artículo del 676 del Código vigente, pues éste impone la obligación de indemnizar al Capitán, mientras que el del 29, la impone al fletante, que puede ser el Capitán, o puede ser otra persona.

Hay, además, otra diferencia; pues mientras el Código vigente establece que pagados los fletes deben ser restituídos, el precepto que nos ocupa establece que no podrá exigirse el pago de los mismos. Y de la letra del artículo pudiera deducirse que, en caso de haberlos pagado, no habrá derecho a la restitución, interpretación que no cabe en nuestro vigente Código.

El art. 665 del Código de Comercio portugués de 1888 establece que cuando el abordaje es causado por culpa de uno de los barcos, los perjuicios sufridos serán pagados por el propietario del buque abordante. Por tanto, y como este Código no establece limitación alguna de responsabilidad, la Compañía na-

Digitized by Google

viera tendrá que indemnizar la totalidad de los perjuicios causados.

También, según este Código, tendrá responsabilidad el Capitán, pues establece en su art. 505 que antes de emprender el viaje se debe reconocer el barco para ver si está en condiciones para navegar.

Y en el apartado 5.° del mismo artículo se establece una responsabilidad para los fletadores en caso de que los interesados probaren que el barco no estaba en condiciones para navegar por vicios ocultos.

Por tanto, el presente problema, resuelto con arreglo a la legislación portuguesa, produciría los siguientes efectos: 1.° La Compañía naviera propietaria del buque abordante tendría que indemnizar la totalidad de los daños causados, sin que exista causa alguna de limitación de la responsabilidad; 2.°, pesará una responsabilidad sobre el Capitán, a tenor de lo dispuesto por el art. 505, por la negligencia en la realización del reconocimiento, y 3.°, a tenor del citado artículo, pesará otra responsabilidad sobre los fletadores, para el caso concreto que el precepto establece.

Comparando la legislación española con la portuguesa, vemos que existe entre ambas diferencias fundamentales, pues mientras el Código español limita la responsabilidad del naviero y permite el abandono en ciertos casos, como se ve en los arts. 587, 590 y 837, el Código portugués establece una responsabilidad ilimitada en su art. 665.

Coinciden ambos Códigos al establecer sobre el Capitán la obligación de reconocer la nave, y, por tanto, en el establecimiento de la responsabilidad en caso de posible negligencia.

Y, por último, también coinciden al establecer la responsabilidad sobre los fletadores cuando el barco no estuviere en condiciones para navegar por vicios ocultos. Claro es que esta coincidencia no es tan absoluta, pues mientras el Código español establece la responsabilidad sobre el Capitán, el portugués la establece sobre los fletadores.

Según el Código alemán, parece que en este supuesto, no sólo no cumple la Compañía abandonando el buque, sino que ni si-

Digitized by Google

quiera limitará su responsabilidad al valor del buque con sus pertenencias y fletes, pues el art. 486 dispone que la responsabilidad será ilimitada cuando recaiga sobre el armador, como en este caso sucede.

También, según el Código alemán, cabe alguna responsabilidad al Capitán del buque, pues, como el Código español y el portugués, le obliga a reconocerlo para ver si está en condiciones de navegar.

El Código de Comercio francés, en su art. 216, establece que todo propietario será responsable de los actos del Capitán, pudiendo eximirse mediante el abandono del buque con sus pertenencias y fletes. Este precepto es análogo al del Código español, pero en el mismo articulado añade que, en caso de averías causadas por el barco en las obras de un puerto, el Capitán podrá eximirse de toda responsabilidad abandonando el buque con todas sus pertenencias y fletes devengados.

Por tanto, y aplicando por analogía el precepto al abordaje, resultará que el propietario se exime de responsabilidad con sólo abandonar el buque..

Respecto al Capitán, dispone el art. 225 que antes de tomar el cargamento estará obligado a hacer visitar el barco, y el 228 que el incumplimiento de esta obligación hará al Capitán responsable de todos los daños que sufra el buque y su cargamento.

En el examen de todas estas legislaciones vemos que todas están conformes en lo que a la responsabilidad del Capitán se refiere, pero no en lo referente a la responsabilidad del propietario, pues mientras la española la limita al valor del buque, sus pertenencias y fletes devengados, y la francesa llega a más, concediéndole la facultad de eximirse mediante el abandono, en cambio la portuguesa y la alemana establecen una responsabilidad sin ninguna clase de limitación.

Estudiado el problema en el Derecho español y en el vigente comparado, sólo resta, para terminar este trabajo, hacer un ligero estudio de los problemas que en este punto pueden surgir, en orden al Derecho Internacional privado, y los principales acuerdos existentes.

Uno de los principales problemas que en este orden surgen

Digitized by Google

es el de determinar a qué jurisdicción quedará sujeta la cuestión planteada, en el caso de que los dos buques pertenezcan a distinta nacionalidad.

En el orden internacional se destacó la corriente de que debían ser los Tribunales del país de donde fuera nacional el buque abordante los que debían decidir estas cuestiones, y así se llevó a la práctica en un abordaje que se produjo entre un barco francés y otro italiano, en un puerto de nuestras Islas Canarias.

Pero la Conferencia reunida en Génova, en octubre de 1892, tomó el acuerdo de que los abordajes quedaran sujetos a una jurisdicción internacional, que en la misma se creó, salvo si las partes estuvieren de acuerdo en sujetarse a una jurisdicción ordinaria determinada. También se estableció en esta Conferencia que los límites y efectos de la responsabilidad en caso de abordaje, se regulen por la ley del Estado del buque abordante. Y, en caso de duda sobre quién fué el culpable, se aplicará la ley más favorable. En el anteproyecto publicado por la Asociación Francesa de Derecho Marítimo en 1898, se establece que cuando el abordaje proceda de un caso fortuito los daños serán sufridos por los propietarios de los objetos dañados. Cuando sea por culpa de uno de los Capitanes, éste será responsable. En caso de culpa común, la responsabilidad será solidaria.

En este mismo anteproyecto se establece que, en caso de responsabilidad por abordaje, el propietario podrá eximirse, abandonando el buque y sus fletes y pagando en metálico el valor del buque después del abordaje.

Lo relativo a la extensión y límites de la responsabilidad se reguló en la Conferencia de Londres de 1899, en la que, después de largas discusiones y por 15 votos contra 5, de los delegados ingleses, y una abstención, se tomó el siguiente acuerdo:

"La Conferencia recomienda, como ley universal marítima, la regla siguiente, aplicable a todos los daños materiales ocasionados por el buque, tanto a las cosas flotantes como a los objetos fijos o terrestres:

"El propietario del buque podrá liberarse de toda responsabilidad por el abandono del navío y del flete o por el pago de una cantidad en metálico, calculada según el tonelaje del buque.

Digitized by Google

"La cuestión de reclamaciones por muerte o lesiones temporales queda reservada."

La cuestión, tan interesante, de la asistencia marítima en caso de abordaje, fué regulada por la Convención de Bruselas de 23 de septiembre de 1910, en la que se establece que en caso de abordaje los Capitanes de ambos buques están obligados a prestarse asistencia, siempre que por ella no se pusieran en un peligro inminente. Y establece que en el caso de que se incumpla esta obligación será responsable el armador, y no el propietario del buque.

Posteriormente a todos estos acuerdos se hace notar la tendencia general a que la responsabilidad del propietario no quede limitada al valor del buque y fletes, como se establece en la mayoría de las legislaciones actuales, sino que aumenta la corriente, que ya se empezó a notar en la Conferencia de Londres de 1899, de que la responsabilidad fuera proporcional al tonelaje del buque.

Así se ve en la Conferencia de Venecia de 1907, en que se fija la proporción en 8 libras la tonelada.

Queda con esto indicado, aunque sucintamente, cuanto con el Derecho Internacional —que era el último de este pequeño trabajo— se relaciona.

A MANERA DE EPILOGO

Los problemas que al abogado en ejercicio se le presentan, planteados por la misma vida, tienen siempre un mayor interés para la enseñanza profesional que aquellos otros sugeridos como posibles por el estudio de determinado precepto legal en la soledad de nuestra Biblioteca. Estimando que el caso jurídico proporcionado por la realidad es como el caso patológico de un hospital para la enseñanza médica, trasladé a las clases prácticas de Derecho mercantil de la Universidad Central el problema núm. 7, que se me planteó en la Asesoría jurídica de la Bolsa madrileña. A los que conozcan la deficientísima dirección jurídica de la mayoría de nuestras compañías mercantiles, no les extrañará el problema propuesto, en el cual se consignan omisiones en el cumplimiento de

Digitized by Google

obligaciones legales de carácter elemental, que muestran negligencia o ignorancia de tal naturaleza que justifican la estupefacción del observador.

El desconocimiento de los asuntos bursátiles, harto frecuente entre los abogados españoles, me impulsó también a iniciar en aquéllos a la juventud escolar.

Poco estudiada la modalidad del arrendamiento de servicios relativa al suministro de informes comerciales, se plantea en el problema núm. 9 una interesante cuestión a ellos referente. Conocedor de las prácticas mercantiles en este punto el autor del dictamen, señor Primo de Rivera, su trabajo ha sido objeto de elogios por parte de directores de esta clase de empresas, pudiendo, desde luego, afirmar que llena un vacío (aun dentro de sus modestos límites) en la Literatura jurídica española.

Las depreciaciones de ciertos signos monetarios plantean problemas no menos interesantes que los anteriores en todas las naciones comerciales. A ellas se refieren, con carácter concreto, el problema núm. 11; en términos generales, el núm. 12. Hubiera sido mi deseo que un debate amplio hubiese descubierto diferentes aspectos jurídicos de las citadas depreciaciones; que se hubieran examinado sentencias de tribunales extranjeros y artículos de revistas, y que dictámenes y contraponencias hubiesen revelado la argumentación contradictoria en pro y en contra de las opuestas soluciones. Pero esto, que hubiese sido posible en un curso de ampliación de estudios jurídico-mercantiles, no lo es dada la limitación de tiempo y de toda clase de elementos de que dispongo. Sean, pues, los dictámenes publicados como una indicación o bosquejo de lo que pudiera realizarse en mejores condiciones.

Difícil es sustraerse en los tiempos actuales a los enlaces de problemas jurídico-mercantiles con las luchas patronales y obreras; he ahí, pues, justificado el problema núm. 15, dedicado a examinar la licitud del *boycott* entre patronos mercantiles y a determinar la legislación que lo rige.

Responde también a mi deseo de familiarizar a los alumnos con actos jurídicos poco estudiados, el planteamiento del problema número 16, referente a una modalidad del llamado contrato de opción, que, no obstante tener diversas manifestaciones en la vida ju-

Digitized by Google

rídico-comercial, es omitido en los tratados generales de Derecho mercantil, tanto españoles como extranjeros.

El problema núm. 18, relativo a un caso que ofrece la realidad algunas veces en la vida de las compañías, y en el núm. 30, referente a Derecho marítimo, estudiado también este último, teniendo en cuenta diversas legislaciones extranjeras, cierran los trabajos prácticos de Derecho mercantil del curso de 1921-22.

Lamento el desvío general que observo respecto al Derecho marítimo en nuestra Patria de costas tan extensas; desvío y desconocimiento puestos de relieve por la Inspección de Tribunales en una de sus visitas practicadas en 1923.

Lamento asimismo que, no obstante mis esfuerzos por conseguir la controversia excitadora del estudio y de la reflexión de los alumnos, espejo fiel de la vida, que es lucha constante de opiniones contradictorias, no obtenga los resultados apetecidos en estos modestos ensayos.

Lamento, por último, tener que renunciar a la elaboración científica de conjunto, tal como la relativa a las acciones de trabajo, respecto de las cuales he recibido trabajos aislados, pero sin poderlos armonizar porque nuestras juventudes escolares son refractarias (como lo es la raza española) a todo trabajo de cooperación y mucho más a toda obra post-escolar, cuando ya no se enlaza la labor universitaria con las resultantes de las notas académicas y grados universitarios.

A pesar de todas estas lamentaciones sigo teniendo fe en la virtualidad del procedimiento de trabajos prácticos, y estimo que los modestos que se publican en esta revista constituyen (si se tiene en cuenta la juventud de sus autores) una evidente prueba del anhelo de los escolares de prepararse para el ejercicio de la profesión jurídica, y de que, pese a las duras críticas de que son objeto nuestras Universidades, no es inútil la tarea docente en nuestra Patria.

EMILIO MIÑANA.

Digitized by Google

DOCUMENTOS
PARA LA HISTORIA DE BEJAR

POR

ANTONIO MARTIN LAZARO

(*Conclusión.*)

13.

Montemayor del Río, 16 de noviembre de 1457.

Ordenanzas y vecindades con Béjar. Original, dos folios papel, Osuna, leg. 216, núm. 4, letra cortesana. Doy el siguiente extracto.

Primeramente ordenaron que cuando los ganados de la una parte o la otra entraren fuera de mojon cubierto que hayan esta pena; de la vaca o yegua cuatro maravedis de cada una de dia e doblado de noche e de las ovejas e cabras veinte de dia e doblado de noche. Otrosi que cuando los ganados de la una parte o la otra entraren por yerro andando perdidos o desmandados del rebaño sean las penas de las vacas yeguas y bueyes de cada cabeza dos maravedis e doblado de noche e de las ovejas e cabras una blanca de cada cabeza Otrosi que las penas se entiendan en lo vacuno hasta cincuenta vacas e fasta cien ovejas e si fueren mas ganados de cincuenta vacas arriba fasta ciento que paguen sesenta maravedis e de ciento arriba fasta doscientas que paguen ciento veinte maravedis e dende arriba a este respecto y en las ovejas e cabras que paguen las dichas penas fasta ciento e de ciento arriba hasta doscientas cinquenta que es una pastoria que pague sesenta

Digitized by Google

maravedis e de doscientas cincuenta a quinientas que son dos pastorias que pague ciento y veinte maravedis = Determina despues las penas de los puercos que anduvieren pastorados que pasaren de un término a otro y sobre los rastrojos y leña y en cuanto a los molinos que de nuevo se hizieren en el rio de Baños ordena que muelan a dias o a semanas como los señores de ellos conviniesen tanto que no tomen el agua de los huertos y linares que se han de regar con el agua de dicho rio = Ante Diego Rodriguez escribano de Montemayor a la merced de Don Juan de Silva conde de Cifuentes y de Juan Dorantes escribano de Béjar a la merced de Don Alvaro de Zúñiga.

14.

Barco de Avila, enero de 1460

Concordia y vecindades entre las villas del Barco y Béjar. Se hallan en copia auténtica, hecha en Béjar en 1523. Osuna, leg. 216, núm. 5.

En la villa del Barco... dias del mes de enero de mil e quatroçientos e sesenta años estando juntados a concejo a campana repicada segund que lo han de uso ede costumbre Pedro Hernandez de Villatoro alcalde en la dicha villa e Alonso Sanchez e toribio gonzalez e Hernan Gutierrez e Juan de la Peña regidores don Diego Muñoz e Diego Sanchez alcaldes en la dicha villa a la merced del conde de Alba estando en el dicho concejo Alonso Gomez regidor en la villa de Bejar en voz et en nombre de la dicha villa por vertud de una carta de creencia que el mostro firmada de Juan Dorantes escribano del concejo de la dicha villa de Bejar el tenor dela cual es este que se sigue Concejo alcaldes regidores caballeros escuderos e omes buenos de la villa del Barco vos recomendamos con voluntad presta de hacer todas las cosas que a honor vuestro cumplideras sean Señiores ya sabeis como entre esa villa y esta está fecha fabla acerca de haber concordia buena la cual no ha sido acabada por ende alla va Alonso Gomez regidor Juan Dorantes escribano de mucha gracia vos pedimos queles dedes plenaria fe a todas las cosas que con vosotros fablaren departe deste concejo los cuales llevan poder bastante para hacer todas las cosas que entre esta villa y esa se hayan de concordar cerca de la buena vecindad Dios

Digitized by Google

nuestro sennor vos haya en su santa guarda e de esto vos enbiamos esta nuestra carta firmada del nombre de Juan Dorantes escribano de los fechos deste concejo fecha doze dias del mes de enero año de sesenta = Juan Dorantes = Et en presencia de nos los dichos escribanos e de los testigos yuso escriptos luego los dichos alcalde e regidores desta villa del Barco con el dicho Alonso Gomez regidor en la dicha villa de Bejar digeron que acordaban e acordaron e ordenaban e ordenaron estos capitulos e ordenanzas que se siguen por bien de paz entre amas las dichas villa e su tierra por evitar questiones e grandes dubdas que se suelen lebar los unos a los otros e los otros a los otros.

Primeramente que del un termino al otro que puedan pasar a mojon cubierto e docientos pasos mas con qualesquier ganado e dentro de los docientos pasos que no haya ninguna pena salvo si entraren mas dentro de los doscientos pasos.

Otrosi que pasado el límite de los dichos doscientos pasos caian en pena de cada rebaño de vacas sesenta maravedis y el rebaño se entienda de sesenta vacas arriba e de aqui abajo de cada vaca vna blanca de dia e doblado de noche.

Otrosi que del rebaño de las ovejas e carneros e cabras que sean de doscientos arriba que pague tanto como por un rebaño de vacas que es treinta maravedis de dia e setenta de noche e dende ayuso deste respecto de cinco ovejas o cabras o puercos una blanca de dia e doblado de noche.

Otrosi que de las yeguas e potros que suelen andar al campo que paguen por cada uno de dia un maravedi y de noche dos maravedis.

Otrosi de la bestia de albarda que suelen pacer en los egidos e aunque pasen de un término a otro que no hayan pena alguna.

Otrosi en razon del cortar de la leña en qualquier de los dichos términos que paguen por cada carga menor de leña verde quatro maravedis dela seca dos maravedis de la carga mayor verde de seis maravedis e de la seca tres maravedis.

Otrosi que de un roble que es tan gordo como quepa en un anillo de dos manos que sea para cabrio o para can que pague deste tal diez maravedis de pena.

En cuanto al pastor de los ganados entiendase que han de guardar egidos e dehesas e pastos vedados e sino lo guardaren que

Digitized by Google

caian enlas dichas penas acostumbradas en cada una de las dichas villas.

Los cuales dichos capitulos e ordenamientos ordenaron que se guarden desde aqui adelante entre ambas las dichas villas e cada una dellas para agora e para siempre jamas testigos que fueron presentes Hernando Sanchez Moreno e Francisco de Bustamante e Christoval Gonzalez e Juan Blazquez escribano = e va tachado en dos lugares non le enpesca E yo Juan Dorantes escribano público de los fechos del concejo de Bejar fui presente a todo lo que dicho es en uno con los dichos testigos e arruego e otorgamiento de los dichos alcaldes e regidores de la dicha villa del Barco e del dicho Alonso Gomez regidor en la villa de Bejar esta carta escriui e la signe con este mio sig † no acostumbrado en testimonio de verdad = Juan Dorantes escribano publico.

15.

Béjar, 5 de octubre de 1461.

Franquezas concedidas por don Alvaro de Zúñiga, conde de Plasencia, al mercado que se hacía el jueves de cada semana en Béjar. Es copia moderna, Osuna, leg. 216, núm. 6.

Las condiciones que se otorgan al mercado que se face el jueves de cada semana en esta villa de Bejar para desde primero de enero del año venidero de mil cuatrocientos sesenta y dos años en adelante son las siguientes.

Primeramente que todas e cualquier personas de cualquier estado tanto que no sean vecinos ni moradores en dicha villa ni en su tierra que vinieren a vender comprar o cambiar cualquier mercaderias excepto vino que las puedan vender e cambiar en el dicho dia jueves sin pagar alcabala ni otro derecho alguno e entrar y salir sin pagar portazgo ni pasage ni otro tributo excepto el peso porque es propio del concejo de la dicha villa E esto se entienda vendiendo las tales mercaderias el dicho dia de mercado desde que saliere el sol hasta en la noche de modo que pueda recibir su dinero sin candela e pasado este tiempo si comprare o trocare alguna de las mercaderias que hubiera traido al mercado sea tenudo de pagar el alcabala e los derechos que se pagan en la dicha villa. Otrosi por cuanto el portazgo de esta dicha villa está en cos-

Digitized by Google

tumbre y condicion que cualquier mercaderias que se ouiesen de vender en la dicha villa e se vendieren que pague portazgo e si las non vendieren que lo non pague e por evitar debates a los que vinieren a vender e a comprar al dicho mercado con los arrendadores del portazgo declarase e ponese por condicion que cualquier mercaderias que se vinieren a vender al dicho mercado puedan entrar el miercoles que es dia antes e vender el jueves e salir con ellas o con otras que y oviere comprado el jueves en todo el dia del dicho mercado o otro dia viernes fasta medio dia sin pagar derecho de Portazgo ni pasage ni otro tributo alguno salvo que se vayan libremente donde quisieren excepto la colambre de la carneceria de la dicha villa que esta atal colambre pague su portazgo, pero que si despues de pasado el medio dia sacaren algunas mercaderias de la dicha villa asi de las que hubieren vendido como de las que compraren o trocaren sean tenudos de pagar dicho portazgo. Otrosi que cualesquier mercaderias que se viniesen a vender al mercado e se non vendieren en el que non puedan quedar en la dicha villa para otro mercado e si quedaren sin las vender entre semana por las guardar para las vender en otro mercado que estas atales mercaderias non gozen de la franquesa e libertad del dicho mercado salvo si las tales mercaderias quedaren en la dicha villa con consentimiento del arrendador de la renta que con licencia de este puedan quedar de un mercado para otro. Otrosi que por esta libertad e franqueza que se da el dicho dia jueves de cada semana que se fase el dicho mercado non se entienda en los jueves de los mercados de la feria que se fase en cada año en la dicha villa han de ser esentos salvo que paguen los que vinieren a vender comprar e trocar e cambear a la dicha feria su alcabala e derechos como se han pagado fasta aqui en los años pasados e gozando de las libertades de la dicha feria acostumbradas.

Yo Don Alvaro de Astuniga conde de plasencia justicia mayor de Castilla e señor de Gibraleon e de Bexar seguro e prometo por la presente de guardar cumplir e faser guardar e cumplir las condiciones suso dichas e cada una dellas en cuanto fuere mi voluntad por firmeza de lo cual firme aqui mi nombre fecha enla dicha mi villa de Bexar cinco dias de octubre de mil e cuatroçientos e sesenta e un annos. = yo don alvaro.

Digitized by Google

16.

Córdoba, 4 de julio de 1485.

Cédula de los reyes catolicos sobre la feria de Béjar. Original papel, letra cortesana, Osuna, leg. 217, núm. 5. Sello real en el dorso.

Don Fernando y Donna Isabel rey y reyna de Castilla *etc.* a todos los concejos justicias regidores caballeros escuderos e omnes buenos de todas las ciudades villas y lugares de nuestros regnos e senorios e otras qualesquiera personas nuestros vasallos e subditos e naturales a quien lo de yuso en esta nuestra carta contenida atanne o atanner pueda en qualquiera mannera e a cada uno e qualquiera de vos a quien esta nuestra carta fuere mostrada o el traslado della signado de escribano publico salud e graçia sepades que por parte de Don Aluaro de Astunniga duque de Plasencia nuestro justicia mayor e del nuestro consejo nos fue fecha relacion que la su villa de Bejar desde el tiempo del senor rey Don Juan nuestro padre tiene una feria que se fase en la dicha villa una vez en el año e dis que agora por virtud de una ley del quaderno por nos fecha algunas personas temen de ir a la dicha feria diciendo ser rebocada en lo cual si asi hobiere de pasar diz que la dicha su villa recibiria agravio E por su parte nos fue suplicado que sobre ello proveyesemos como la nuestra merced fuere E por cuanto al tiempo que feçimos la dicha ley nuestra voluntad no fué de perjudicar a las ferias antiguas semejantes que esta mandamos dar esta nuestra carta en la dicha razon por la cual damos licencia y facultad a todas las personas que quisieren ir a la dicha feria de Bejar para que puedan ir e vayan a ella libre e desenbargadamente sin caer ni incurrir en pena alguna delas contenidas en la dicha ley segun que se solia acostumbrar e faser antes que la dicha ley se fiziese e para que lo suso dicho sea notorio e nadie pueda pretender ignorancia mandamos que esta nuestra carta sea pregonada publicamente por las plazas e mercados e otros lugares acostumbrados de dichas cibdades villas e lugares para que todos lo sepan e ninguno dellos pueda pretender ignorancia e los vnos ni los otros non fagan ende al por alguna mannera sopena de la nuestra merced e diez mill maravedis para la nuestra camara e demas mandamos

Digitized by Google

a la persona que vos esta nuestra carta mostrare que vos emplase que parescades ante nos en la nuestra corte de qualquier que nos seamos dende que vos emplaçare fasta quince dias primeros siguientes de la dicha pena so la qual mandamos a qualquiera escribano publico que para esto fuere llamado que de ende al que vos la mostrare testimonio signado con su signo para que nos sepamos como se cumple nuestro mandado Dada en la muy noble cibdat de cordoua a cuatro dias de jullio anno del nascimiento de nuestro sennor ihesu christo de mill e cuatrocientos e ochenta e cinco annos = yo el rey = yo la reyna = yo Fernando Alvarez de toledo secretario del rey e la reyna nuestros sennores lo fize escriuir por su mandado.

17.

Béjar, 10 de junio de 1488.

Posesión de la villa de Béjar tomada por don Alvaro de Zúñiga y Guzmán. Original, papel, dos fols., Osuna, leg. 218, núm. 1.

En la villa de bejar martes dies dias del mes de junio a la ora de medio dia anno del nascimiento del nuestro saluador ihesu christo de mill & quatro çientos & ochenta & ocho annos estando en los palaçios de las casas nueuas queson ala plazuela de sant gil donde posa y tiene su abitacion & morada el muy magnifico sennor don aluaro destunniga duque de plazençia conde de bañares Justiçia mayor de castilla & sennor de las villas de mayoradgos del yllustre & muy magnifico sennor nuestro sennor don aluaro destunniga duque de plazencia conde de bannares Justiçia mayor de Castilla sennor de gibraleon que santa gloria aya el qual fallesçio y paso desta presente vida oy martes desuso ala hora delas nueve antes del medio dia y estando en las dichas casas llamados y ayuntados para todo lo que de yuso será contenido el concejo & justicia allcaldes regidores alguasyl caualleros escuderos procuradores & sesmeros dela villa y tierra & oficiales omnes buenos de dicha villa de bejar & su termino & jurisdiccion por si mesmos y en nombre de todos los absentes dela dicha villa y su tierra segund que para las cosas semejables se acostumbran & vsan de se ayuntar y estando ende presentes el bachiller ferrand gonçales de San Juan letrado consiliario del re-

Digitized by Google

gimiento ɛ concejo dela dicha villa y su tierra y pedro dorantes alcalde delas alçadas dela dicha villa ɛ Juan munnos alferez della ɛ otros muchos caualleros ɛ escuderos ɛ escriuannos ɛ escuderos y oficiales y pecheros vesinos dela dicha villa de bejar ɛ de su termino todos ayuntados en el dicho concejo y en presencia de nos otros Juan dorantes y bartolome ortiz notarios y escriuannos publicos de los hechos y haçienda y cosas del dicho conçejo y rregimiento dela dicha villa de bejar y su termino ɛ de los testigos deyuso escriptos paresçio ende luego presente el ylustre sennor nuestro sennor don aluaro destuniga duque de plazençia conde de bañares justicia mayor de Castilla ɛ sennor delas villas de bejar ɛ gibraleon subçesor legitimo dela casa ɛ mayoradgos del dicho sennor duque que santa gloria aya y su Sennoria en presençia de nos otros los dichos escriuannos luego otorgo ɛ dio sus bozes y poder al doctor Sancho velasques de cuellar del consejo del rrey ɛ rreyna nuestros sennores que ende presente estaua con el dicho sennor duque para que propusiese en el dicho concejo regimiento lo que con el avia fablado y comunicado et luego el dicho doctor Sancho velasques de cuellar en nombre del dicho sennor don aluaro de çuñiga duque de plazencia desuso nombrado diso en el dicho conçejo quela Justiçia ɛ regidores ɛ alguaçil caualleros ɛ escuderos oficiales ɛ omnes buenos dela dicha villa de bejar ɛ de su tierra ɛ jurediccion sabian bien y de todos hera notorio ɛ magnifiesto quel yllustre ɛ muy magnifico sennor don aluaro de stunniga duque de plazencia conde de bañares justicia mayor de castilla sennor de gibraleon que oy fallecio desta presente vida cuya alma dios aya ovo declarado ensu vida y declaro por su testamento et cobdiçilos ɛ ordenanzas ɛ postrimeras voluntades y por otras escrituras y contratos al dicho sennor don aluaro de çunniga duque de plazencia su nieto ɛ fijo mayor primo genito del sennor don pedro de çunniga fijo mayor primo genito del dicho sennor duque que santa gloria aya por subçesor y heredero de su casa y mayoradgos ansi guardando el derecho y la disposiçion y hordenanzas de sus antecesores que los dichos mayorazgos ynstituyeron ɛ hordenaron llamando alos desçendientes por la linea derecha del fijo mayor como por virtud delas facultades quel dicho sennor duque tenia delos muy altos ɛ muy poderosos senno-

Digitized by Google

res rreyes don Juan ɛ don enrrique de gloriosas memmorias cuyas animas ayan santa gloria lo qual fuera aprovado y confirmado por el Rey y Reyna nuestros sennores por vertud dela qual declaracion y por vn poder y mandamiento quel dicho sennor duque que santa gloria aya dio enderesçada a la cibdad de plazençia y villa de bejar y atodas las otras villas y sennorios y vasallos alcaydes ɛ justicias ɛ rregidores caualleros escuderos oficiales ɛ omnes buenos dellas en vida del dicho sennor duque que santa gloria aya el dicho sennor don aluaro de çunniga duque que agora es ovo paresçido ɛ paresçio en el concejo ɛ rregimiento desta dicha villa y ovo presentado y presento el dicho poder y mandamiento y por vertud del ovo rrequerido ɛ rrequirio quelo rresçibiesen ɛ obedeciesen por sennor desta villa de bejar desde entonces para después de la vida del dicho sennor duque y en su vida le rresçibiesen por gouernador ɛ administrador dela cibdad de plazençia ɛ villa de bejar ɛ de todas las otras villas ɛ lugares ɛ sennorios que heran ɛ son delos mayoradgos pertenesçientes al dicho sennor duque y a la sazon y tiempo quel dicho sennor duque ovo parescido en el dicho concejo desta villa y presentado el poder y mandamiento del dicho sennor duque que santa gloria aya y fechos los actos que en tal caso conuenga el concejo ɛ justicia ɛ rregidores alguaçil caualleros escuderos ofiçiales ɛ sesmeros procuradores escriuannos ɛ omnes buenos desta dicha villa de bejar por sy y en nombre de todos los que ende se fallaron presentes y absentes y el bachiller ferrand gonçales de sant juan commo letrado consiliario del dicho concejo ɛ rregimiento ɛ villa ɛ tierra y por virtud del poder y facultad que todos le dieron y en presencia dellos dixo ɛ rrespondio que en el dicho nombre ɛ por sy rreçibia ɛ rrecibio ɛ obedescia ɛ obedesçio la escriptura ɛ poder ɛ mandamiento del dicho sennor duque que santa gloria aya y la tomo en sus manos y la beso ɛ dixo en nonbre de todos los que ende estauan y dellos absentes que eran veçinos dela dicha villa ɛ su tierra que el dicho conçejo ɛ justicia ɛ rregimiento caualleros escuderos procuradores y sexmeros oficiales ɛ omnes buenos dela dicha villa de bejar ɛ de su tierra estauan prestos y aparejados de complir los mandamientos del dicho sennor duque su sennor segund y en la forma que en ellos se contenya y cumpliendo y guardando lo que el dicho duque su sennor les mandaua el di-

Digitized by Google

ho bachiller ferrand gonçales dixo que reçebian y obedesçian por gouernador y administrador dela cibdad de plazençia ꝛ villa de bejar ꝛ de todas las otras villas ꝛ sennorios en vida del duque su sennor y desde entonçes para despues dela vida del dicho duque su sennor ꝛ su abuelo le rreçebian por su sennor natural y en sennal de sennorio luego el dicho bachiller ferrand gonçales hinco las rrodillas enel suelo y beso la mano del dicho sennor don aluaro de çuniga que agora es duque y ansi mesmo los allcaldes ꝛ justiçia ꝛ rregidores ꝛ alguazil caualleros y escuderos sesmeros y procuradores oficiales y omnes buenos desta dicha villa de bejar E su tierra que ende estauan presentes por sy y en nombre delos otros absentes fincaron las rodillas en el suelo y besaron las manos al dicho sennor duque don aluaro por su sennor despues delos dias del dicho duque su sennor que santa gloria aya segund que esto ꝛ otras cosas el dicho doctor sancho de cuellar dixo que mas largamente avian pasado ante mi el dicho escriuano por ende dixo que pues a todos es notorio ꝛ magnifiesto que oy martes a la hora de las nueve antes de medio dia el dicho sennor duque que santa gloria aya abuelo del dicho sennor duque que agora es fallesçio desta presente vida el qual dexo en su vida y por los dichos sus testamentos y contratos y hordenanzas y cobdecillos y ultimas voluntades por su legitimo subçesor en su casa y mayorazgos al dicho sennor duque don aluaro que presente estaua y mando a todos los alcaydes justicias y rregidores caualleros y escuderos procuradores oficiales y omnes buenos quelo rrescibiesen y obedesciesen ꝛ prestasen rreuerencia ꝛ obediencia al dicho sennor duque don aluaro su nieto y lo rrescibiesen por su sennor natural y alos alcaydes alçó qualesquier peitos omenages que le oviesen fecho por ende dixo en nombre del dicho sennor duque don aluaro que presente estaua y sy necesario fuere le recibieren de nueuo ꝛ le obedescieren ꝛ le prestasen obidençia ꝛ rreuerençia al dicho sennor duque don aluaro que presente estaua. El dicho concejo justicia alcaldes alguazil ꝛ regidores caualleros y escuderos procuradores sesmeros oficiales ꝛ omnes buenos que ende presentes estauan por sy y en nombre de todos los otros vecinos dela dicha villa de bejar y de su tierra de qualquier ley estado o condicion que sean contestaron que si ꝛ dixo que sy ansy lo fisiesen que facian lo que deuian como buenos y leales caballeros y en otra manera que protestaba

Digitized by Google

en nombre del dicho sennor duque don aluaro todo lo que por esto deuia Et luego incontinente los dichos acaldes ɛ regidores ɛ alguazil caualleros y escuderos procuradores sexmeros oficiales ɛ omnes buenos dela dicha villa de bejar ɛ de su tierra que ende estauan presentes dieron su poder ante nos los dichos escriuannos al dicho bachiller ferrand gonçales que presente estaua para que en nombre del dicho concejo ɛ rregimiento dela villa ɛ tierra rrespondiese ɛ fiziese el acto que en tal caso convenia segund con el lo habian comunicado. El qual luego rrespondio en nombre del dicho concejo ɛ justicia ɛ rregidores caualleros y escuderos escribanos procuradores ɛ sesmeros ɛ oficiales ɛ omnes buenos dela dicha villa de bejar ɛ su tierra ɛ jurediccion que presentes estauan y de los absentes veçinos de la dicha villa y tierra ɛ por sy dixo ɛ rrespondio al dicho sennor duque que los suso dichos y la dicha villa de bejar ɛ su tierra se acuerdan ɛ son sertificados como por virtud de vn poder ɛ mandamiento quel duque nuestro sennor que oy fallesçio desta presente vida que santa gloria aya ovo mandado en su vida en veynte ɛ cinco dias del mes de jullio anno del nascimiento de nuestro saluador ihesu christo de mill ɛ quatrocientos ɛ ochenta ɛ seys annos por el qual parescia que su sennoria avia declarado y declaro por su legitimo subcesor de su casa y mayoradgos despues de su vida al dicho sennor duque don aluaro que agora es commo su descendiente por linea derecha y asy mismo en su vida lo declaraua por gouernador ɛ administrador de la cibdad de plazencia ɛ de la villa de bejar ɛ de todas sus villas ɛ sennorios escluiendo dela dicha subcesion de dichos mayorazgos a don diego de çunniga su hijo segundo y mandaua a todos sus vasallos que por tal le ouiesen ɛ cumpliesen sus mandamientos y le prestasen obediençia ɛ rreuerençia segund que esto ɛ otras cosas que dichas son enel dicho poder ɛ mandamiento del duque nuestro sennor que santa gloria aya se contenia mas largamente al tenor del qual dixo que en el dicho nombre se rreferia ɛ rremetia por virtud del qual mandamiento ɛ poder el dicho concejo ɛ justicia ɛ rregidores caualleros y escuderos escriuannos y sesmeros procuradores oficiales ɛ omnes buenos de la dicha villa de bejar ɛ su tierra por sy y en nombre delos veçinos della absentes avia rreçebido ɛ rresçibieron al dicho sennor duque don aluaro de çunniga fijo mayor primo genito del sennor don pedro de cunniga fijo mayor

Digitized by Google

primogenito del dicho duque nuestro sennor que santa gloria aya e nieto de su sennoria por linea derecha descendiente del fijo mayor por su sennor natural despues de la vida del dicho duque su sennor que santa gloria aya y en su vida por gouernador e administrador de la cibdad de plazencia e de todas las otras sus villas e sennorios y de la dicha villa de bejar que por entonces y a la sazon le avian dado e dieron su obediencia e le fizieron el acatamiento e rreuerencia que deuaian y hincando las rrodillas en el suelo le besaron las manos y pues que agora plugo a nuestro sennor ihesu christo de leuar desta vida presente al duque su sennor que santa gloria aya y es publico y notorio que fallescio oy martes alla ora delas nueue antes de medio dia y ansy mesmo es publico y notorio que su sennoria antes que fallesciese estando en su sentydo natural e memoria fizo sus testamentos e cobdecillos e hordenanzas e contratos e postrymeras voluntades en las que ovo declarado e dedlaro por subcesor delos mayoradgos de su casa al dicho sennor duque que presente estaua y que muchos de los que ende estauan presentes avian visto testamentos e cobdecillos dello y algunos dellos se avian hallado presentes que agora que su sennoria es fallesçido desta presente vida y son dello sabidores de cierta ciençia e sabidores que dicho sennor duque don aluaro que presente estaua es su sennor natural asi por razon e via del dicho descendiente del dicho duque su sennor del fijo mayor por linea derecha como por la declaracion fecha por vertud de las facultades delos muy poderosos sennores reys de gloriosa memoria don juan el segundo e don enrrique quarto su hijo que aya santa gloria que algunos de los que estan presentes han visto otorgaron al dicho sennor duque que santa gloria aya y por la aprovacion y confirmacion de los muy poderosos reyes el rey e la rreyna nuestros sennores que aprouaron e confirmaron la dicha declaracion por ende que el dicho conçejo justicia e rregidores caualleros y escuderos escribanos oficiales procuradores e omnes buenos dela dicha villa de bejar e su tierra e jurediccion pedian e piden por ende e suplican al dicho sennor duque don aluaro que presente esta que leplaga de fazer aquel juramento e solemnidad que suelen e es costumbre de hazer los sennores quando son rresçibidos por sennores en qualesquier villas semejantes y dela manera que lo hicieron sus antecesores y como de razon y derecho se deue y acostum-

Digitized by Google

bra de hazer para que los ouiese de confirmar y confirmase y guardase todos los priuillegios y mercedes y exenciones y libertades y franquesas que tenian y tienen de los reyes y sennores sus antecesores y pasados y fueron dadas ɛ otorgadas ala dicha villa y tierra ɛ concejo ɛ rregimiento della ɛ las guardaria ɛ mantendria sus fueros ɛ hordenanzas ɛ gelos non quebrantaria ɛ que los mantenia ɛ mantouiese en Justicia y que ansy lo façiendo les faria muy sennalada merçed Et luego el dicho sennor duque dixo ɛ rrespondio que le plazia y hera contento de faser la solemnidad que de derecho fuere debido ɛ obligado ɛ que daua ɛ dio su fe commo quien es de guardar ɛ mandar guardar los fueros ɛ derechos ɛ hordenanzas della dicha villa y mantener y guardar en Justicia a los vesinos y moradores de ella y asi mesmo que los guardaria los priuillegios ɛ essenciones ɛ libertades ɛ franquesas que con derecho y rrason guardarse deuen y era obligado y deuido a guardar y ansy aviendo pasado lo suso dicho luego los dichos alcaldes ɛ rregidores ɛ alguazil ɛ caualleros ɛ escuderos escriuannos ɛ oficiales ɛ ommes buenos que ende estauan presentes y en nombre de todos los otros absentes vesinos de la dicha villa ɛ tierra y el dicho bachiller por sy y en nombre de los suso dichos dixeron que se rratificaban ɛ rratyficaron en el rrecibimiento con que habian rrecibido al dicho duque su sennor que presente estaua y en la obediencia que le avian dado a su sennoria al tiempo y sazon que el dicho duque su sennor que santa gloria aya lo ovo declarado por subçesor de los mayoradgos de su casa y que agora a mayor abondamiento sy es necesario de nueuo le rrecibian ɛ rreciben por su sennor natural pues quel duque su sennor que aya gloria es fallecido ɛ que le dauan y dieron ɛ prestaban y prestaron la obediencia ɛ rreuerencia ɛ fidelidad que ellos como buenos y leales vasallos deuian ɛ deuen a su sennoria commo a su sennor natural y le otorgaban y otorgaron la dicha fidelidad y rreuerencia y obediençia por sy ɛ por los que presentes estauan ɛ por los absentes vesinos de la dicha villa y su tierra y vasallos de su sennoria ɛ que prometian ɛ prometieron desde entonces que obedescerian al dicho sennor duque que presente estaua ɛ cumplirian sus mandados y rrecibirian y ternian por justicias a las justicias ɛ alcaldes ɛ alguazil ɛ escriuanos ɛ rregidores ɛ oficiales quel dicho sennor duque su sennor les posyere ɛ diere en esta dicha villa ɛ rregimiento della

Digitized by Google

y que nunca faran nin consentiran cosa alguna que sea en su danno nin en perjuiçio dela persona honrra y casa y estado de su sennoria nin menos le perjudicaran nin seran en danno de sus sennorios ɛ rrentas ɛ pechos ɛ derechos que a su sennoria pertenescan ɛ que donde vieren su deshonra ɛ danno lo desviaran ɛ descobriran en tal mannera que su sennoria no lo rresciba ɛ que guardaran sus secretos que en qualquier mannera sopieren ɛ non los descobriran nin rreuelaran ɛ que si algunos secretos sopieren que sea contra el seruiçio de su sennoria que se lo descobriran en tal manera que su sennoria non sea deseruido ni rresciba dapno Et que cumpliran sus mandamientos que fueren por escrito o de palabra y que haran y cumpliran todo aquello que buenos ɛ leales vasallos son obligados de haser ɛ cumplir ɛ que seruiran ɛ ayudaran a su sennoria contra quales quier presonas que su sennoria fuere o viniere como leales vasallos y que poniendolo asy en obra y en sennal de posesyon quel dicho bachiller por sy ɛ por el poder que los dichos desuso declarados le avian dado finco las rrodillas en el suelo con el acatamiento ɛ rreuerençia que deuia a su sennoria le beso la mano por sy y en nombre de los suso dichos y luego los dichos gil lopes y ferran darias alcaldes ɛ ferrando de bejar alguazil dieron y entregaron las varas de justicia que consigo auian los alcaldes como alcaldes y el alguazil como alguazil al dicho sennor duque nuestro sennor para que su sennoria fiziese dellas o fiziese aquello que su sennoria fuese seruido o que mas le pluguiese y por consiguiente le besaron las manos por su sennor natural et asi mesmo luego los dichos rregidores caualleros escuderos escriuanos procuradores sesmeros oficiales y omnes buenos besaron las manos de su sennoria por sy y en nombre de los absentes vasallos de su sennoria vesinos dela dicha de bejar y su tierra y el dicho bachiller juntamente con el dicho concejo ɛ Justicia ɛ rregimiento dixeron que ynbestian ɛ ynbystieron al dicho sennor duque don aluaro su sennor enla posesyon del dicho vasallaje ɛ de la dicha villa y tierra en la mejor mannera que podia ɛ con derecho deuia Et ansy aviendo rrecibido el dicho sennor duque las varas de la justicia de alcalldes ɛ alguazil en su poder ɛ manos y teniendo y estando en pacifica posesyon dela justiçia de la dicha villa y del vasallaje ɛ rrentas ɛ pechos ɛ derechos della ɛ de su tierra luego yncontinente proueyo ɛ fizo merçed de los oficios de alcaldes

Digitized by Google

alos dichos gil lopez ɛ ferran darias y al dicho ferrando de bejar del oficio de alguaziladgo ɛ les dio las varas delos dichos oficios el dicho duque nuestro sennor los quales gil lopez ɛ ferrandarias ɛ ferrando de bejar las rrecibieron de manos de su sennoria en gran merçed ɛ le besaron por ello las manos y les mando que los dichos oficios de alcaldias y alguaciladgo exerçiesen ɛ administrasen en la forma que lo solian administrar ɛ muy bien ɛ fielmente ɛ commo buenos alcaldes ɛ alguazil so cargo del juramento que primero avian hecho y de como todo esto y cada cosa dello avia pasado el dicho sennor duque nuestro sennor por su parte y el dicho concejo rregidores ɛ alguazil caualleros y escuderos procuradores oficiales ɛ omnes buenos dela dicha villa ɛ su tierra por sy ɛ por los absentes vasallos de su sennoria ɛ vesinos de la dicha villa dela otra parte pidieron ɛ rrogaron a nos otros escriuannos desuso nombrados que escriuiesemos o fiziesemos escriuir vna escriptura o dos o mas quantas necesarias sean para el dicho sennor don aluaro de çunniga duque de plasencia nuestro sennor o para quien en nonbre de su sennoria y con su poder nos las demandare y para el dicho concejo ɛ justicias ɛ rregimiento desta dicha villa ɛ su tierra signadas de nuestros sygnos ɛ firmadas de nuestros nonbres en mannera que fagan entera fee ɛ dixeron que alos presentes rrogaban que fuesen dello testigos que fue fecha ɛ otorgada ɛ rrecibida y paso segund y como de suso dicho es en dia ɛ mes ɛ anno de suso contenidos testigos que a todo lo suso dicho y a cada cosa ɛ parte dello que fueron presentes rrogados ɛ llamados don diego lopes de anysa vesino ɛ rregidor de la cibdad de Salamanca ɛ gil grau de sylua vesino de cibdad-rrodrigo ɛ juan de la mançana vesino de la cibdad de seuilla ɛ diego gil ɛ juan de la puente ɛ aluaro munnos escriuannos del numero dela dicha villa de Bejar vesinos della va escrito entre rrenglones a do dis mannera ɛ a do dis Et lo ɛ a do diz el dicho ɛ entre rrenglones a do bien ɛ sobre rraydo a do des dieron vala ɛ non le empesca que nos los escriuanos lo saluamos = Et nos los dichos Juan dorantes ɛ bartolome ortis escriuannos publicos sobredichos presente fuymos en vno con los dichos testigos atodo lo en esta dicha escriptura ɛ cada vna cosa ɛ parte dello contenydo y por pedimento ɛ requerimiento de dicho sennor duque don aluaro destunniga nuestro sennor y delos dichos conçejo justicia regimiento alguazil caualleros

Digitized by Google

e escuderos sesmeros procuradores oficiales e omnes buenos dela dicha villa de bejar e su tierra por sy e en el dicho nombre esta escriptura por otra fielmente fezimos escriuir segund que ante nosotros paso Et va escripta en dos fojas de pliego entero de papel cepti con esta en que van nuestros signos Et va sennalada en cada plana por parte de arriba con tres rrayas de tynta e por parte debaxo con las sennales de nuestras rubricas et por ende fesimos aqui estos nuestros signos e firmas acostumbradas ✠ ✠ en testimonio de verdad = Juan Dorantes = Bartolome Ortiz.

18.

Jaén, 29 de octubre de 1489.

Cédula de la reina Isabel sobre las ferias de Béjar y Gibraleón. Original, papel, 200 × 280 mm., letra cortesana, Osuna, leg. 218, núm. 2.

Donna Ysabel por la gracia de Dios reyna de castilla de leon *etc* por quanto el rey mi sennor e yo ouiemos mandado dar e dimos una nuestra carta patente para que ninguna ni algunas personas no fuesen osadas de hir avender ni comprar ni tratar mercaderias algunas en las ferias francas que se fasen en qualesquier cibdades villas e logares destos nuestros reynos so ciertas penas contenidas en la dicha nuestra carta segun que mas largamente enella va declarado e agora por parte del duque don Aluaro destunniga me es fecha relacion que de mucho tiempo a esta parte se han fecho e facen ferias enlas sus villas de Bejar e Gibraleon eque a cabsa de se auer publicado la dicha nuestra carta por algunas cibdades e villas e logares de estos dichos nuestros reynos se teme e reçela que algunas personas dejaran de venir alas dichas ferias que se facen enlas dichas sus villas creiendo que por venir a ellas yncurren e caen en las penas contenidas enla dicha carta e comoquier que diz que la dicha nuestra carta no se extiende a las dichas ferias delas dichas villas porque diz que no son francas antes pagan el alcauala de las cosas que en ellas se contratan en lo qual diz que si asi pasase el dicho duque e las dichas sus villas recibirian mucho agravio e danno e suplicome cerca dello le mandase proveer declarando la dicha carta o como la mi merçed fuere e porque la dicha carta solamente fabla enlas ferias francas eno en las otras que no tienen franquesas ovelo por bien e por la presente declaro que por venir a comprar o vender e contratar qualesquier personas a las

Digitized by Google

dichas ferias delas dichas villas de Bejar e Gibraleon no incurran nin caian por ello en las penas contenidas enla dicha carta ni en otras qualesquier penas pues no son de las ferias francas que en ella se contienen pagando el alcauala delas mercadurias que asi trajesen alas dichas ferias o qualquier dellas enlos lugares e enla manera e forma que se contiene en las leyes de mi quaderno quedando ensu fuerza e vigor la dicha nuestra carta quanto a la franqueza delas dichas ferias: Et por esta mi carta e por su traslado signado de escriuano publico mando a todos e qualesquier concejos e justicias de todas las dichas cibdades e villas e logares destos mis regnos e sennorios que guarden e cumplan e fagan guardar e cumplir todo lo contenido en esta dicha mi carta e contra el tenor e forma de ella non vaian ni pasen ni consientan ir ni pasar por ninguna manera ni razon que sea e que fagan pregonar publicamente dicha mi carta por las plasas e mercados e otros logares acostumbrados de las dichas cibdades e villas e logares para que venga a noticia de todos e ninguno ni algunos no puedan pretender ygnorancia de lo qual mande dar esta mi carta en la forma suso dicha. Dada en la cibdad de jahen a veinte dias del mes de octubre anno del nascimiento de nuestro sennor jesu christo de mill e quatro cientos e ochenta e nueue annos = yo la reyna = Yo alfonso davila secretario de la reyna lo fize escriuir por su mandado = [*en el respaldo de la cédula dice*:] en la forma acordada = Rodericus doctor = conforme a lo que se acordo = Petrus bachalarius=

19.

Béjar, 11 de julio de 1491.

Venta de una casa en la alcacería de la villa de Béjar. Original, papel, tres folios menor, cortesana, Osuna, leg. 218, núm. 4.

Sepan quantos estacarta de venta vieren commo yo diego fernandez del barco e yo raby hay abemuça judio anbos veçinos e moradores que somos dela villa de bejar de vna voluntad e concordia otorgamos e conosçemos que vendemos e roblamos damos e apoderamos por juro de heredad para agora e por sienpre jamas avos blasco de madrigal vesino otrosi dela dicha villa de bejar

Digitized by Google

que estades presente e para vuestros herederos e subçesores despues de vos e para todo aquel o aquellos que de vos e dellos ovieren boz perpetuamente vnas casas que nos otros tenemos e avemos en la dicha alcaceria dela dicha villa de bejar que fueron de don ysaque abluez las quales dichas casas a mi el dicho diego fernandez del barco por el duque nuestro sennor me fueron dadas e aplicadas en amas formas para yo faser e ser fecho e pagado delos maravedis que asu sennoria ove pagado commo fiador del dicho don ysaque... e lindan estas dichas casas que vos asy vendemos dela vna parte con casas de dicho raby hay abemuça e dela otra con casas de raby jacob çufartí e la delantera es calle publica del conçejo las quales dichas casas asy deslindadas como dicho es por estos dichos lynderos alto e baxo todas e redonda mente segund quel dicho don yuçe las tiene por suyas vos las vendemos libremente con todas sus entradas e con todas sus salidas e vsos e costumbres e con todas ssus pertenencias quantas han e auer deuen e le pertenescan e pertenescerles pueden e deuen asy de fecho como de derecho commo en otra manera qualesquier por preçio cierto justo sabido e nonbrado que nos ygualamos e nos convenimos que por ellas nos pagaredes e otorgaredes quatro mill marauedis dela moneda corriente de los quales dichos quatro mill maravedis nosotros otros nos otorgamos de vos por bien contentos e pagados e quitos atoda uestra voluntad por quanto nos los disteis e pagasteis todos bien e conplidamente... que nin avos non quedo cosa alguna por nos pagar nin a nosotros por rrescibir sobre lo qual rrenunçiamos la excepçion e las dos leyes del derecho que fablan en razon de la paga e del preçio non visto nin contado nin rresçibido en todo e por todo segund que enellas se contiene asi que avnque nosotros o otro por nos o por qualquier de nos alegue la dicha excepcion e leyes alguna dellos queremos que nos non valan en juysio nin fuera de el dia syguient en adelante que esta carta es fecha e otorgada por ella nos desistimos e partymos e quytamos anosotros e denuestros fijos e herederos dela tenencia e posesion propiedad juro e sennorio que nosotros ayamos e auiamos delas dichas casas e qualquier casa e parte dellas e sy alguno nos finca asy a nosotros commo a nuestros herederos nosotros lo renunciamos e partimos e damos e rrenunçiamos en vos e a vos dicho blasco de madrigal e en los vuestros herederos Et por esta presen-

Digitized by Google

te carta vos ponemos y damos por puesto corporalmente en la tenençia e posesion delas dichas casas dandovos y entregandovos todo nuestro poder cumplido para que vos o vuestro mandado sin nuestro mandamiento e liçençia... las podades cobrar e tomar poseer e vsar e labrar e edificar e viuir dar e donar e trocar e cambiar e rentar e podades mal meter e malbaratar paraque fagades dellas e enellas e cada vna cosa e parte dellas toda vuestra voluntad cumplidamente como de cosa vuestra misma propia que mejor parada vos ouyeredes e aviedes o poseedes e auiades comprado por vuestros propios dineros o en otra mannera qualquier Et por esta presente carta otorgamos e conoscemos que somos vendedores e fyadores destas dichas casas e ambos ados de man comun aboz de vno e cada vno de nos e de nuestros bienes por el todo Renunciando la ley en todo e por todo segun que enella se contyene que a vn que la alleguemos nos o alguno de nos ohotro por nos o por qualquier de nos queremos que nos non vala en juysio nin fuera del e otorgamos e conoscemos que obligamos anos otros mismos e atodos nuestros bienes e de cada vno de nos muebles e rayses avydos e por aver do quier quelos nos ayamos o qual quier de nos de vos las defender e anparar e faser sanas e quitas e forras en qual quier tiempo del modo que sean de qual quier persona que vos las demandare o enbargare o contrallare todas oparte dellas so pena de vos dar e tornar e pagar los tres mill maravedis de precio sobredicho que de vos recibimos con el doblo por pena e postura que con vos ponemos e por nonbre de intereses e la pena pagada e no que toda via que vos defenderemos e anpararemos enla tenencia e posesion e propiedad juro e sennorio dela dichas casas e que tomaremos por vos la boz y replica fasta vos dexen en pacifica posesion e pas e pagadolo jubgado Et renunciamos las leyes e los derechos que fablan en rason delos que son engannados en mas o en menos dela mitad del justo e Derecho precio porque sy estas dichas casas agora o en algun tienpo se fuer fallado que valan o valen o valieren mas de los dichos maravedis porque vos las vendemos e de vos reçibimos segund dicho se es dela tal demasya que ansy fuer fallado de nuestra propia voluntad vos fasemos graçia cesion e donaçion pura fecha entre byuos e non reuocable desde agora por syempre jamas para vos dicho blasco de madrigal e para los dichos

Digitized by Google

vuestros herederos o para quien vos quisyeredes e por bien tuieredes Et por que todo sea firme e non venga en dubda otorgamos esta carta de venta en la mannera que dicho es para ante alfonso gomes escriuanno publico en la dicha villa de bejar e en su término a la merçed de nuestro sennor el duque de plasencia don aluaro de stunniga al qual rogamos que la scriuiese e que la signase de su signo que fue fecha e otorgada enla dicha villa de bejar honse dias del mes de Jullio anno del nascimiento de nuestro saluador ihesuchristo de mill e quatrocientos e noventa e vn annos testigos que a esto que dicho es fueron presentes rogados y especialmente para esto llamados Juan de Santa maria e steuan santos tondidor el moço vesynos dela dicha villa de bejar e mateo sanches nieto vesyno de san bartolome Et yo alfonso gomes escriuanno publico suso dicho fuy presente atodo esto que dicho es en vno con los dichos testigos porque paso asy e al dicho rruego e otorgamiento esta carta escriui en la que va techado a do dis la propiedad non la enpesca que yo el dicho escriuanno lo saluo e por ende fis aqui este mio signo atal ✠ en testimonio de uerdat — alfonso gomes escriuanno ==

20.

Béjar, 11 de mayo de 1492.

Venta de una viña por Rabi Yuda. Original, papel, letra cortesana, Osuna, leg. 218, núm. 5.

Sepan quantos esta carta de venta vieren commo yo rabí yuda cara judio vezino desta villa de bejar otorgo e conozco por esta carta que vendo e robro e do e apodero por juro de heredad para agora e syempre e jamas e syn excepçion alguna de hecho o de derecho a vos diego barnero fijo de toribia sancho natural desta dicha villa de bejar e para vuestros herederos e subçesores despues de vos de vna vynna que yo tengo entre las vynas de esta dicha villa a do dyzen Cabeza roldan que lynda con vynna dela tetilla e con vynna de alfonso regaso e conla anzienda de bartolome de la fuente Et por ençima con vinna de donoro mas vos vendo vn cesto de caba de faser diez o doze carares e vna tyna de madera e vna tynaja que podra faser fasta syete cantaros poco mas o me-

Digitized by Google

nos ɛ vn açadon la qual dicha vynna ɛ todo lo otro que dicho es vos lo vendo libremente ɛ sin abuso alguno con todas sus entradas ɛ salidas ɛ vsos ɛ costumbres que pertenesçerle pueden ɛ deuen ansy de fecho commo de derecho commo en otra mannera qualquier por preçio cierto nonbrado ɛ pagado ɛ sabido que nos convenimos ɛ ygualamos que son treynta scudos de la moneda corriente en castilla en que se aprecio ɛ estimo vn asno que por la dicha vinna ɛ las otras cosas sobre dichas me disteis del qual dicho asno yo me otorgo por bien contento ɛ pagado ɛ otorgo a toda mi voluntad por que lo yo resçibi de vos ɛ paso ansy sobre lo qual renunçio la ley del preçio del mal enganno ɛ las dos leyes del derecho que fablan en razon de la paga en todo ɛ por todo segun en ellas ɛ en cada vna dellas se contiene que aunque yo o otro por mi alegue las dichas excepciones o leyes o alguna dellas que sepan non valan en Juyzio nin fuera del por que yo digo que es verdad que reçibi de vos el dicho asno ɛ paso ansy ɛ desde oy dia enadelante questa carta es fecha ɛ otorgada por ella vos do ɛ vos entrego el jus ɛ el poder ɛ la tenencia ɛ posesion ɛ sennoryo ɛ propiedad desta dicha vynna ɛ cosas sobre dichas para que lo podades vender ɛ dar ɛ donar ɛ trocar ɛ camiar rrentar ɛ enagenar ɛ empennar malmeter ɛ malbaratar ɛ para que fagades dellas ɛ enellas ɛ en todo ello ɛ cada cosa ɛ parte dello toda vuestra voluntad conplidamente commo de cosa vuestra misma propia que mejor parada avedes o podriades aver ɛ por esta carta vos pongo corporalmente enla tenencia ɛ posesion ɛ sennorio ɛ propiedad desta dicha vinna ɛ cosas sobre dichas para que vos o vuestro mandado las podades entrar ɛ tomar ɛ poseer ɛ vsar ɛ labrar ɛ fazer en todo ɛ en cada cosa ɛ parte dello toda vuestra voluntad conplidamente commo de cosa vuestra misma propia ɛ por esta carta me uos apodero prometo auos ɛ a uestros herederos ɛ subcesores de todo ɛ qualquier derecho ɛ accion ley o demanda o rescision alguna que yo o mis herederos o otro por mi o por ellos aya o podria aver ɛ tener ala dicha vynna ɛ cosas sobre dichas en qualquier cosa o parte della ɛ sy alguno nos resta a nos o nuestros herederos o otro por nos o por ellos yo lo rrenuncio ɛ do para que vos el dicho diego barnero fagades dello lo que quesieredes ɛ por bien touieredes por sienpre jamas ɛ por esta carta me obligo en mi mismo ɛ con todos mis bienes muebles ɛ rayzes auidos ɛ por auer

Digitized by Google

de quien quier que los yo aya de vos lo fazer sano de qualquier personas o persona que vos lo demandare o enbargare o contrallare todo o parte dello sopena que vos de ꝛ torne ꝛ pague el precio sobre dicho que de vos rresçibi con el doblo por pena ꝛ postura que con vos pongo ꝛ por nonbre de ynteres ꝛ la dicha pena del doblo pagada o non pagada que todavia que vos sera dexado esto que vos yo aqui vendo ꝛ que tomare por vos la boz y el pleito fasta vos dexar en paz ꝛ posesion ꝛ pagar lo juzgado ꝛ rrenuncio la ley ꝛ los derechos que fablan en rason delos que son engannados en mas o en menos dela meytad de justo ꝛ derecho precio porque loque mas vala o puede valer esta dicha vynna ꝛ cosas suso dichas destos dichos maravedis o preçio sobre dicho yo vos fago por esta carta donacion pura e sinple ꝛ non rreuocable para vos ꝛ para vuestros herederos para agora ꝛ por sienpre jamas Et por que esto sea firme ꝛ non venga en dubda otorgue esta carta de venta por ante Juan Gonsales dela puente escriuanno publico por nuestro sennor el rey ꝛ notario publico en la su corte ꝛ en todos los sus regnos ꝛ sennorios ꝛ escriuanno público en la dicha villa de bejar ꝛ en su término por el duque de plazencia mi sennor al qual rogue que lo escriuiese o lo fiziese escriuir ꝛ lo sygnase con su signo fecha ꝛ otorgada fue esta carta enla dicha villa de Béjar onze dias del mes de marzo anno del nascimiento de nuestro sennor ihesu christo de mill ꝛ quatrocientos ꝛ nouenta ꝛ dos annos testigos que fueron presentes rogados ꝛ especialmente llamados pero fernandez vezino del edrada ꝛ diego fijo de gonçalo fernandes de colmenar vezino desta dicha villa debejar ꝛ yo Juan gonçales de la puente escriuanno publico sobre dicho que presente fuy a todo esto que dicho es en vno con los dichos testigos ꝛ al dicho ruego ꝛ otorgamiento esta carta de venta escriui en la mannera que dicho es ꝛ fiz aqui mio signo a tal ✠ en testimonio de verdat. = Juan gonzalez de la puente, escribano =

= robla de diego barnero fijo de toribia sancho natural desta villa =

Digitized by Google

21.

Béjar, 23 de mayo de 1492.

Venta de una casa y viñas hecha por don Samuel de la Tetilla a maestre Luis, cirujano. Original, fol. menor, cortesana, Osuna, legajo 218, núm. 6.

Sepan quantos esta carta de venta vieren como yo don Samuel dela Tetylla capatero judio vezino dela villa de bejar otorgo e conosco por esta presente carta que vendo e roblo e doy e apodero por juro de heredad para agora y para syempre jamas a vos maestre luys çirujano vezino otro sy de la dicha villa de bejar que estades presentes e para vuestros herederos e suscesores despues de vos e para todo aquel o aquellos que de vos e dellos ovieren bos cabsa e rason perpetuamente vnas casas que yo tengo enesta dicha villa debejar ala judería cabe la carneçeria que lindan e han por lynderos dela vna parte con casas del fijo del tocho e de la otra parte con casas de donna ledição muger de mosen abeatar e la delantera es calle de concejo mas os vendo dos vinnas que yo he e tengo enla pertenençia y entre las vinnas desta dicha villa de bejar la vna a do dizen el ponton quelinda e ha por linderos dela vna parte con vinna de arçipreste e de la otra con vinna de santiago e de la otra con vn majuelo de ferrando de frias et la otra vinna es ado dizen el prado de marcos que lynda e ha por linderos dela vna parte con vinna del dicho arçipreste e dela otra con vinna de Juan rrodrigues clerigo Et estos dichos bienes de suso nonbrados e deslindados commo dicho es por estos dichos linderos vos las vendo libremente con todas sus entradas e con todas sus salidas vsos e costumbres e contodas sus pertenencias quantas han e aver deben e le pertenescen e pertenesçer pueden e deven atodos cabos e atodas partes asy de fecho commo de derecho commo en otra mannera qualquier por presçio cierto justo sabido e nonbrado que nos igualamos e nos convenimos que por ellos me diesedes e pagasedes mill e nueve çientos e dies maravedis dela moneda corriente forros de alcabala delos dichos mill e nuevecientos dies marauedis yo me otorgo de vos por bien contento e pagado y entero a toda mi voluntad por quanto me los distes e pagastes todos bien e complidamente enguisa y en manneera que en vos non quedo nin finco cosa alguna por me pagar nin

Digitized by Google

ami por resçibir sobre lo que renunçio la excepción ɛ los dos leys del derecho que fablan en rason dela paga et del aver non visto ni contado ni reçebido entodo ɛ por todo segund que en ellas se contiene que avn que las alegue yo o hotro por mí quiero que me non valan en juysio nin fuera del et desde oy desta en adelante que esta carta es fecha ɛ otorgada por ella me desysto ɛ parto ɛ quito ami ɛ amis fijos y herederos dela tenençia ɛ posesyon propiedad juro ɛ sennorio que yo avia ɛ tenia ɛ me pertenesçia en qualquier mannera ɛ por qual quier cabsa ɛ rason que sea o ser pueda a los dichos bienes ɛ a qual quier cosa ɛ parte dellos Etsy alguno me fincase o remanesçe asy ami commo alos dichos mis hijos y herederos yo lo renuncio doy paso ɛ traspaso todo en vos ɛ a vos el dicho maestre luys çirujano y en los dichos vuestros herederos et por esta presente carta vos pongo y he por puesto corporalmente en la tenencia ɛ posesyon propiedad juro ɛ sennorio delos dichos bienes dando vos y entregando vos todo mi poder conplido para que vos o vuestro mandado syn mi mandamiento ni despues qual quier que sera cada ɛ quando quesyeredes ɛ por bien touieredes las podades entrar ɛ tomar poseer vsar ɛ labrar ɛ desfrutar ɛ arrendar vender dar ɛ donar trocar ɛ cambiar retraer y enagenar enpennar mal meter malbaratar et para que fagades dellas ɛ en ellas y en cada vna cosa ɛ parte dellas toda vuestra voluntad conplidamente como de cosa vuestra misma propia que mejor parada vos oy ovieredes o tenedes o podrades aver ɛ tener comprada por vuestros propios dineros oen otra mannera qual quier ɛ por esta presente carta otorgo ɛ conosco que soy vendedor ɛ fiador destos dichos bienes ɛ obligo rrealmente ami mismo ɛ atodos mis bienes asy muebles commo rayces avidos ɛ por aver do quier que los yo aya ɛ me fueren fallados de vos los sanear ɛ faser sanos ɛ de pas agora ɛ en qualquier tienpo que sera de qualquier persona que vos los demandare o enbargare o contrallare todos o parte dellos so pena de vos dar ɛ pagar ɛ tornar los dichos mill ɛ nuevecientos ɛ dies maravedis y alcavala del prescio sobre dicho que de vos rescibi con el doblo por pena ɛ postura que con vos pongo ɛ por nonbre de ynterese ɛ la pena pagada o non pagada que toda via que vos defendere y anparare en la tenençia ɛ posesyon delos dichos bienes ɛ que tomare por vos la boz ɛ el pleito a my costa hasta vos dexar en pacifica posesyon ɛ pas ɛ pagar lo judgado

Digitized by Google

Et rrenunçio las leys e los derechos que fablan en rrason de los que son engannados en mas o en menos de la mitad del justo e derecho presçio porque sy estos dichos bienes agora o en algun tiempo es o fuere fallado que valian o valen o valieren de aqui adelante mas destos dichos maravedis por que vos los vendi e de vos rresçibí de la tal demasya que asy es o fuere fallado de mi propia voluntad vos fago gracia cesyon donacion pura fecha entre biuos e non rreuocable desde agora para syempre jamas para vos el dicho maestre luys çirujano e para los dichos vuestros herederos e subcesores e para quien vos quisieredes e por bien tuieredes Et por que esto sea firme et non venga en dubda otorgue esta carta enla mannera que dicho es por ante alfonso gomez escriuanno publico en la dicha villa de bejar y en su termino a la merced del duque mi sennor el duque de plazençia don aluaro destunniga al qual rogue que la escriuiese o fiziese escriuir e que la signase de su signo que fue fecha e otorgada en la dicha villa de bejar veynti tres dias del mes de mayo anno del nascimiento de nuestro saluador ihesu christo de mill e quinientos e noventa e dos annos testigos que a esto que dicho es fueron presentes rrogados y especialmente llamados alonso escalante e francisco sancho tondidor el moço vezinos dela dicha villa de bejar Et yo alfonso gomes escriuano publico sobre dicho fui presente a esto que dicho es en uno con los dichos testigos por que paso asy al dicho ruego e otorgamiento escriui esta carta e por ende fis aqui este mio signo atal ✠ en testimonio de verdad. = alfonso gomez escriuanno =

22.

Hervás, 11 de septiembre de 1492.

Venta hecha por Toribio López a Miguel Muñoz de una viña. Original, papel, letra cortesana. Osuna, leg. 218, núm. 8.

Sepan quantos esta carta de venta vieren commo yo toribio lopes recabdador e vezino dela villa de bejar por el duque de plasençia mi sennor otorgo e conosco por esta presente carta que vendo e roblo do e apodero por juro de heredad por syempre jamas a vos miguel munnos vesino del lugar de heruas aldea e termino dela dicha villa de bejar dos peonadas e media de vina que

Digitized by Google

son alos quinnones que fueron de yuçe garco ɛ de mose garco su padre las quales son a do disen los quiñones que han por linderos dela vna parte vinna del dicho miguel munnos y de la otra parte lindan con vinna del comendador alonso gomes de bejar y de la otra linda con vinna de teresa munnos hermana del dicho miguel munnos las quales dichas dos peonadas ɛ media de vinna ansi declaradas ɛ deslindadas por los dichos linderos vos vendo libres ɛ quitas ɛ desembargadas con todas sus entradas ɛ salidas vsos ɛ costumbres pertenencias quantas han ɛ aver pueden ɛ deuen ansi de fecho como de derecho commo en otra mannera qual quier por preçio justo con venible que por las dichas dos peonadas ɛ media de vinna me disteis de mill ɛ dosçientos maravedis delos quales dichos mill ɛ dosientos maravedis me otorgo de vos por entero ɛ bien pagado a toda mi voluntad por quanto los rreçibi de vos y pasaron a mi libre poder Et maguer non paresçen presentas rrenunçio las leyes del derecho que fablan en razon de la parte y de aver non visto nin contado nin resçibido ɛ la excepcion delos dos annos avnque las yo alegue o otro por mi y me non valan en juiçio nin fuera del Et desde oy dia en adelante que esta carta es fecha ɛ otorgada me parto ɛ desisto de la tenençia ɛ propiedad juro y sennorio dela dicha vinna ɛ la do ɛ vendo ɛ traspaso en vos ɛ a vos el dicho miguel munnos Et vos do todo mi poder cumplidamente para desde oy en adelante la podades entrar ɛ tomar poseer ɛ arrendar vender dar donar ɛ trocar ɛ cambiar malmeter ɛ baratar ɛ faser della y en ella toda vuestra voluntad cumplidamente ansy commo de cosa vuestra propia mejor parada que vos oy dia aveis conprada por vuestros propios dineros o en otra mannera qual quier Et otorgo ɛ conosco que so vendedor ɛ fiador delas dichas dos peonadas ɛ media de vinna Et obligo a mi mismo ɛ atodos mis bienes ansi muebles commo rayses avidos ɛ por aver de vos las sanar ɛ faser sanas de pues agora y en todo tienpo de quien quier que vos lo viniere demandando o enbargando o apropiando toda o qual quier cosa e parte dellas so pena de vos dar ɛ pagar los maravedises dela conpra con el doblo con todas las costas dannos y menos [*cabos*] que se recresçiesen a vos o a otro por vos Et sy mas vale o puede valer destos dichos maravedis dela tal demasia si ende la ay o oviere vos fago pura graçia Et donación para vos ɛ vuestros herederos ɛ subcesores Et

Digitized by Google

para que esto sea firme e non venga en dubda otorgue esta carta y todo lo en ella contenido por ante arias de valcarçel escriuanno publico enla dicha villa de bejar ala merçed de nuestro sennor el duque de plasencia al qual rogue que la escriuiese o fiziese escriuir Et la signase de su sygno que fue fecha e otorgada enel dicho lugar de heruas de onse dias del mes de setiembre anno del nasçimiento de nuestro saluador ihesu christo de mill e quatrocientos e no venta dos annos alo que fueron presentes rrogados e especialmente llamados pero gonçales el moço vesino dela dicha villa de bejar Et miguel de burgos e blas de las monjas vesinos del dicho lugar de heruas Et yo el dicho arias de valcarcel escribano publico suso dicho que presente fuí en vno con los dichos testigos a todo lo que dicho es Et por ruego e otorgamiento del dicho toribio lopes Recabdador esta carta de venta escriui segund ante mi paso Et por ende fis aqui este mio signo atal ✠ en testimonio de verdad = Arias de Varcarçel.

23.

Béjar, 4 de junio de 1492.

Venta de unas casas sitas en la calle Mayor, hecha por don Isaaque Agi a Diego García. Original, papel, cuatro folios menor, letra cortesana, Osuna, leg. 218, núm. 7.

Sepan quantos esta carta de venta vieren commo yo don ysaque agi judio vezino y morador que soy dela villa de bejar Et yo donna oriçety su muger con su lycençia e abtoridad conplida del dicho mi marido que presente esta la qual dicha liçençia e abtoridat conplida y espreso consentymiento leydo pido que me de e otorgue para que yo con el pueda otorgar e consentir en todo quanto adelante enesta carta sera contenido Et yo el dicho don ysaque agi su marido conosco e otorgo que di e doy la dicha liçençia e abtoridat conplida e espreso consentimiento a la dicha donna oriçety mi muger que presente esta para que en vno conmigo pueda otorgar e consentyr en todo quanto adelante enesta carta será contenido Por ende nos anbos marido e muger a vna voluntad e concordia otorgamos e conoscemos que vendemos e roblamos damos y apoderamos por juro de heredat para agora e para syempre jamas a vos diego garçia clerigo

Digitized by Google

cura de la yglesia de sant juan vezino otrosy dela dicha villa de bejar que estades presente e para vuestros herederos e subçesores despues de vos e para todo aquel o aquellos que de vos o dellos ouieren boz cabsa e rason principalmente vnas casas que nos otros tenemos e avemos en la calle mayor entras dela plaça dela dicha villa que lindan e han por linderos asy dela vna parte delado como del otro e por la trasera con tres partes de casas de rabyça fisico y la delantera es la dicha calle mayor Et estas dichas casas de suso deslindadas e nonbradas todas rredondamente desdel centro de la tierra fasta el cielo e desde cielo fasta el centro dela tierra vos las vendemos libre mente con todas sus entradas e con todas sus salidas e vsos e costumbres e con todas sus pertenencias quantas han e aver deuen y les pertenescen y pertenescer le pueden e deuen a todos cabos e atodas partes asy de hecho commo de derecho commo en otra mannera qual quier por presçio cierto justo sabido e nonbrado que nos yguala-mos e nos convenymos que por ellas nos diesedes e pagasedes dies mill e ciento e cincuenta e cinco maravedises dela moneda corriente delos quales dichos diez mill e ciento e cincuenta e cinco maravedis nosotros nos otorgamos de vos por byen contentos e pagados atoda nuestra voluntad por quanto noslos disteis e pagasteis todos bien e conplidamente por en mannera que nin a vos non quedo mysmo cosa alguna por me pagar nin a nos otros por rreçebyr sobrelo qual rrenunciamos la excepçion e las dos leyes del derecho que fablan en rason dela paga e del aver non visto nin monstrado nin rrescibido en todo e por todo segund que en ellas se contyene asy que a vn que nos otro o hotro por nos o por qual quier denos alegue la dicha excepçion e leyes o alguna dellas queremos que nos non vala en juyçio nin fuera del de oy dia en adelante questa carta es fecha e otorgada por ella nos desystimos e partymos e quytamos a nosotros e a nuestros fijos y herederos dela tenencia e posesyon propiedad juro e sennorio que nosotros teniamos y aviamos e nos pertenescia en qual quier mannera o por qualquier cabsa e rason que sea o ser pueda alas dichas casas y si alguno nos fynca o fyncare asy anosotros commo a los dichos nuestros fijos y herederos nosotros lo rrenunciamos cedemos damos e traspasamos todo en vos e a vos el dicho diego garcia clerigo e a los dichos vuestros he-

Digitized by Google

rederos Et por esta presente carta vos ponemos y hemos por-puesto corporalmente en la tenencya ε posesyon delas dichos ca-sas dando vos y entregando vos todo nuestro poder conplido para que vos o vuestro mandado syn nuestro mandamiento ε li-cençia nin de Juez qual quier que sea cada ε quando quesye-redes ε por byn touieredes las podades entrar ε tomar poseer ε vsar ε habitar ε destruír ε edificar ε arrendar ε vender dar ε do-nar ε trocar ε canbyar rretener ε enagenar empennar mal meter ε mal baratar ε para que fagades dellas ε en ellas ε en cada vna cosa ε parte dellas toda vuestra voluntad conplidamente como de cosa vuestra misma propia que mejor parada vos oy dia te-nedes ε auer podriades ε ansi conprada por vuestros propios di-neros o en otra mannera cualquier Et por esta presente carta otorgamos ε conoscemos que somos vendedores ε fiadores des-tas dichas casas ε ambos ados de mancomún aboz de vno ε cada vno denos ε de nuestros herederos por el todo rrenun-ciando la ley de duobus rreys debendi en todo ε por todo se-gund que en ellas se contyene que avn quela alleguemos nos o alguno de nos ohotros por nos o por qualquier de nos queremos que no vala en juisyo nin fuera del obligamos anosotros mis-mos ε atodos nuestros byenes ε de cada vno denos muebles ε rrayses avydos ε por aver do quier que quelos nos ayamos o qual quier de nos de vos la sanear ε faser sanas ε de paz agora ε en qual quier tienpo del mundo que sera de qualquier per-sona que vos las demandare o enbargare o contrallare todas o parte dellas so pena de vos dar ε tornar ε pagar los dichos dies mill ε quinientos ε cinquenta ε cinco maravedis del presçio so-bre dicho que de vos rreçebymos conel doblo por pena ε pos-tura que vos ponemos ε por nombre de ynteres ε la pena paga-da o non que toda vya que vos defendremos ε ampararemos enla tenençia ε posesyon delas dichas casas ε que tomaremos por vos la boz y el pleito a nuestra costa ε mysion fasta vos dexar en paçifica posesyon ε paz ε pagado lo Juzgado et rrenuncia-mos las leyes ε los derechos que fablan en rrason delos que son enganados en mas o en menos dela mitad del justo ε derecho presçio por que sy estas dichas casas agora o en algun tienpo es o fuere fallado que valan o valen o valieren de aquí adelante mas destos dichos maravedis porque vos las vendimos ε de vos

Digitized by Google

rreçebymos dela tal demasya que ansy es o fuere fallado de nuestra propia voluntad vos fasemos graçia çesion e donaçion pura fecha entre byuos e non rreuocable desde agora para syempre jamas para vos el dicho diego garçia cura clerigo e para los dichos vuestros herederos e para quien quesieredes e por byen tovieredes Et por que esto sea firme e non venga en dubda otorgamos esta carta de venta enla mannera que dicho es por ante Alfonso gomez escriuanno publico enla dicha villa de bejar e en su termino ala merçed de nuestro sennor el duque de plazencia don aluaro destunniga alqual rrogamos que la escriuiese e que la sygnase de su signo que fue fecha e otorgada enla dicha villa de bejar quatro dias del mes de Junio anno del nascimiento de nuestro saluador ihesu christo de mill e quatrosientos e nouenta e dos annos testigos que aesto que dicho es fueron presentes rogados y especialmente para esto llamados bartolome rrojas sastre e diego debyl clerigos vesinos dela dicha villa de bejar Et yo alfonso gomez escriuanno publico sobredicho fuy presente a esto que dicho es en vno con los dichos testigos por que paso asy e al dicho rruego e otorgamiento escriui esta carta e por ende fis aqui este mio signo atal ✠ en testimonio de verdad = alfonso gomez escriuanno =

[*A continuación en el mismo documento*:]

Sepan quantos esta carta de pago vieren commo yo don ysaque agy judío vesyno dela villa de bejar por mi e a nombre de dona oriçety mi muger otorgo e conosco por esta presente carta que rreçeby de vos diego garçia clerigo cura dela yglesia de san juan vesino otrosy dela dicha villa de bejar que estades presente los dies mill e quinientos e cincuenta çinco maravedis que me vos erades en deber dela compra delas casas contenydas e deslindadas en la carta de venta destas otorgo por esta carta que los yo rreçibi de vos el dicho diego garcia clerigo e me los vos disteis e pagasteis en la mannera syguiente primeramente vn justo e mas çinco doblas e mas [*en blanco*] crusados e mas tres castellanos e mas ciento ochenta e dos rreales de plata los quales dichos maravedis yo rreciby en la mannera que dicha es delas casas que de mi comprastes delos quales dichos maravedis yo el dicho don ysaque agy por my e en el dicho nonbre me otorgo por byen contento e pagado e entrego

Digitized by Google

a toda mi voluntad porque yo los rreciby de vos el dicho diego garsia clerigo los dichos maravedis en la mannera que dicha es ɛ pasaron de vuestro poder al mio rrealmente ɛ con efecto ante escriuanno ɛ testigos desta carta Et por que esto sea firme ɛ non uenga en dubda otorgue esta carta enla mannera que dicho es por ante alfonso gomez escriuano publico enla dicha villa de bejar ɛ en su termino ala merçed de mi sennor el duque de plazencia don aluar destumniga al qual rrogue que la escriuiese ɛ la sygnase desusigno que fue fecha ɛ otorgada en la dicha villa de bejar cinco dias del mes de junio anno del nascymiento denuestro saluador ihesu christo de mill ɛ quatro cientos ɛ noventa ɛ dos annos testigos que aesto que dicho es fueron presentes rrogados especialmente para esto llamados el vicario juan sanchez de miranda ɛ ferrando antenado de alonso masedo Et yo alfonso gomes escriuanno publico sobre dicho fuy presente a todo esto que dicho es en vno con los dichos testigos ɛ porque paso ansy ɛ del dicho ruego ɛ otorgamiento esta carta escriuy ɛ por ende fise aqui este mio signo atal ✠ en testimonio deverdat = alfonso gomez escriuanno =

[*Sigue en el mismo documento.*]

Despues desto enla dicha villa de bejar este dicho dia mes y anno suso dicho estando oy dicho dia dentro enlas casas enla carta de venta desuso deslindadas por ante mi el dicho escriuanno ɛ testigos de yuso escriptos vy al dicho don ysaque agi tomo por la mano al dicho diego garcia clerigo ɛ lo metyo dentro en las dichas casas ɛ quelo ponia ɛ puso rreal ɛ corporalmente enla posesyon dellas asy delo alto como de lo baxo ɛ en començando a vsar dela dicha posesyon ɛ por nonbre de posesyon entro enlas dichas casas que por virtud de la dicha carta le pertenescian andouo por el suelo delas dichas casas follandolo con los pies ɛ echo fuera dellas asy al dicho don ysaque ɛ alos que ay estaban ɛ cerrolas puertas ɛ tornolas a abrir rremanesciendo dentro commo rremanescio ɛ ansy dixo que tomaba ɛ tomo la dicha posesyon asy delo alto como delo baxo delas dichas casas con intençion de las aver para el para sus herederos presentes ɛ por venir ɛ asy dixo que quedaba ɛ quedo enla dicha posesyon lo qual todo paso syn turbaçion ɛ syn contradiccion depersona alguna ɛ desto en commo paso el dicho diego garçia clerigo dixo quelo pe-

Digitized by Google

dia ɛ pidio todo asy por testymonio sygnado con mi signo para guarda ɛ conservacion de su derecho ɛ alos presentes rrogo que sean dello testigos testigos que fueron presentes los dichos juan sanches de miranda ɛ fernando antenado destos Et yo alfonso gomes escriuanno publico sobre dicho fuy presente aesto que dicho es en uno con los dichos testigos ɛ porque paso asy et al dicho rruego ɛ otorgamiento esta carta escriui ɛ la firme de mi nombre ɛ lo dare signado sy necesario fuere = alfonso gomez = escriuanno =

Madrid, 1922.

Digitized by Google

LIBRERÍA GENERAL DE VICTORIANO SUAREZ

LIBRERO DE LA REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA

CALLE DE PRECIADOS, 48 - TELÉFONO 15-69. — APARTADO 32

MADRID

Casa editora de la BIBLIOTECA DE DERECHO Y DE CIENCIAS SOCIALES, COLECCIÓN DE FILÓSOFOS ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS, COLECCIÓN DE LIBROS Y DOCUMENTOS REFERENTES A LA HISTORIA DE AMÉRICA, COLECCIÓN DE LIBROS RAROS Y CURIOSOS QUE TRATAN DE AMÉRICA, OBRAS COMPLETAS DE DON MARCELINO MENÉNDEZ Y PELAYO, etc.

ÚLTIMAS PUBLICACIONES

TRIBUNALES PARA NIÑOS

POR

EUGENIO CUELLO CALÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA

Un tomo en 8.°, 3 pesetas.

LA FILOSOFÍA DE KANT

Una introducción a la Filosofía

POR

MANUEL G. MORENTE

CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL

Un tomo en 8.°, 5 pesetas.

MANUAL DE CIENCIA DE LA HACIENDA

POR

FEDERICO FLORA

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE BOLONIA

Segunda versión española de la 5.ª italiana, por L. Víctor Paret.

Dos tomos en 8.°, 20 ptas.

COMENTARIOS A LA LEY DE TRIBUNALES INDUSTRIALES

DE 22 DE JULIO DE 1912

CON LAS DISPOSICIONES DE CARÁCTER SUSTANTIVO Y ADJETIVO QUE LA COMPLEMENTAN, LA JURISPRUDENCIA DICTADA HASTA 31 DE DICIEMBRE DE 1916 Y VARIOS FORMULARIOS

POR

PEDRO CALVO Y CAMINA

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL INDUSTRIAL DE MADRID

Un tomo en 4.° 12 pesetas.

Digitized by Google

PUBLICACIONES

DE LA

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

DE VENTA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA REVISTA

JUICIO CRÍTICO DE LA LEY 61 DE TORO

Discurso presentado por *D. Gumersindo de Azcárate* para el ejercicio de Doctorado en la Facultad de Derecho, precedido de la noticia necrológica AZCÁRATE, por D. Rafael Altamira. Madrid, 1918. En 4.°, págs. 19.

Tirada de 25 ejemplares. Precio, 2 pesetas.

LAS GARANTIAS JURIDICAS DE LA VIDA

Trabajo de investigación, crítico y estadístico, por los alumnos de Derecho natural, prólogo de F. Pérez Bueno.

Madrid, 1920. En 8.°, d. m., págs. 350. Precio, 15 pesetas.

MARTIN MINGUEZ

LAS FÓRMULAS TENIDAS POR VISIGODAS

Madrid, 1920. En 4.°, págs. 180. Precio, 10 pesetas.

PREMIO COMAS

CASTILLEJO Y DUARTE

LA FORMA CONTRACTUAL EN EL DERECHO DE SUCESIONES

Madrid, 1902. En 8.°, págs. 178. Precio, 3 pesetas.

GARCIA HERREROS

LA SUCESIÓN CONTRACTUAL

Madrid, 1902. En 8.°, págs. XXIX, 149. Precio, 3 pesetas.

TIPOGRAFÍA DE LA "REVISTA DE ARCHIVOS", OLÓZAGA, 1

Digitized by Google

REVISTA

DE

CIENCIAS JURÍDICAS

Y SOCIALES

ORGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y DEL MUSEO-LABORATORIO JURIDICO
DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

DIRECTOR

RAFAEL DE UREÑA Y SMENJAUD

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

AÑO VI • NÚM. 23

MADRID, MCMXXIII

Digitized by Google

SUMARIO

La unificación de las leyes cambiarias, por Miguel Cabeza y Anido.

El servicio personal de los Indios durante la colonización española en América, por José de Barrasa y Muñoz de Bustillo.

Noticias para la Historia económicosocial de España, por Concepción Alfaya.

Sistema general de Filosofía del Derecho, por Alfonso Falkenstein y Hauser.

Bibliografía crítica de estudios penales y revista de las leyes y de los proyectos más importantes en materia penal, por Luis Jiménez de Asúa (pliegos 9, 10 y 11).

La **Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales** se publica cada tres meses en cuadernos de 144 a 160 páginas, con sus correspondientes láminas cuando el texto lo exija, formando cada año un volumen de más de 600 páginas, con su portada e índice.

La **Revista** no hace suyas las opiniones y doctrinas sustentadas y defendidas en los artículos y trabajos publicados. A los autores de éstos incumbe exclusivamente la responsabilidad de aquéllas.

De todas las obras jurídicas y sociales que sus autores o editores remitan dos ejemplares a la **Revista** se publicará una noticia crítica en la Sección bibliográfica.

CONDICIONES DE SUSCRIPCION

España y Portugal	20 ptas. al año.
Los demás países de Europa	25 — —
América	30 — —

Las nuevas suscripciones tendrán un recargo eventual del 20 por 100.

Sólo se admiten suscripciones por años completos, dando principio en el mes de enero.

No se venden números sueltos.

Se admiten anuncios de librería.

Administrador: DON BRAULIO RODRIGUEZ

Calle de San Bernardo, núm, 41.

MADRID

Digitized by Google

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Año VI JULIO-SEPTIEMBRE DE 1923 Núm. 23

LA UNIFICACION DE LAS LEYES CAMBIARIAS

TESIS DOCTORAL DE

MIGUEL CABEZA Y ANIDO

INTRODUCCION

En un momento en que todos los problemas económicos y financieros se estudian y preocupan y de un modo más intenso los que se relacionan con la organización del crédito internacional, resalta nuevamente la importancia del problema de la unificación de una parte tan interesante del *derecho del crédito,* como es la legislación cambiaria y, en general, la de todos los documentos negociables. Parece extraño que en las recientes Conferencias internacionales europeas, convocadas con objeto de buscar soluciones al problema del desequilibrio de los cambios, reorganizando el comercio internacional, no se haya tenido en cuenta esta cuestión, cuya relación estrecha con la organización del crédito y sus problemas generales fué claramente comprendida en diversas ocasiones.

No estaba, en efecto, muy lejano el Primer Congreso Financiero Panamericano, reunido en 1915 por iniciativa de los Estados Unidos con el propósito evidente de reemplazar con la suya toda influencia económica europea en los países sudamericanos, aprovechando para ello el momento de con-

Digitized by Google

fusión creado por la guerra (1); en este Congreso se vió inmediatamente la necesidad de unir a todas las medidas propuestas (creación de numerosas sucursales de los bancos yanquis en las ciudades centro y sudamericanas, establecimientos de comunicaciones marítimas, etc.), la eficacísima de crear una legislación uniforme intercontinental sobre las letras de cambio y demás documentos negociables. Y no fué descuidado tal asunto, sino que en aquel mismo Congreso se acordó la creación de una Alta Comisión Internacional, que al año siguiente, en Buenos Aires. celebró una Conferencia con este único y exclusivo objeto.

Recientemente, la Cámara de Comercio Internacional, en su segundo Congreso reunido en Roma en marzo de 1923, se ha hecho cargo del problema, habiendo discutido un cuestionario de 16 preguntas, redactado por el Subcomité, reunido en Londres en diciembre de 1922. Sus acuerdos no han sido publicados todavía.

El momento actual nos parece de gran oportunidad para tratar este asunto: se inicia un poderoso renacimiento de los estudios internacionales, vuelve a intensificarse la vida de los organismos internacionales antiguos y, al propio tiempo, aparecen otros nuevos, como la Sociedad de Naciones, el Tribunal de Justicia Internacional, la Cámara de Comercio Internacional; instituciones todas ellas cuya actuación no podemos saber todavía adónde llegará.

Y tiene el problema un aspecto todavía más interesante para España, cual es la unificación del derecho cambiario hispanoamericano; no es necesario insistir mucho en la importancia que para nosotros tendría el realizar esta obra, cuando

---

(1) "... hasta hoy las Américas Central y del Sur han descansado casi por completo en Europa para sus necesidades financieras. La gran guerra ha trastornado y perjudicado seriamente a aquellos países por el repentino desquiciamiento y la suspensión de los créditos europeos. Estos deben ser reemplazados por créditos de los Estados Unidos, si han de continuar el desarrollo y el progreso ordenado de la América latina, y si deseamos aumentar la influencia mercantil y económica de los Estados Unidos en aquellos países." (Carta del secretario de Hacienda yanqui, W. C. McAdoo, que figura en las actas del Congreso (pág. 9).

Digitized by Google

empiezan a traducirse en realidades las corrientes de solidaridad, hasta ahora casi puramente literarias. Nos bastaría para juzgar la utilidad de este proyecto el ejemplo de Norteamérica, que, a pesar de haber sido siempre el país que, con Inglaterra, ha resistido más tenazmente a colaborar en los trabajos de unificación legislativa y a reformar sus leyes propias de acuerdo con los proyectos de legislación uniforme, por propia y espontánea iniciativa propone a los países de su Continente el estudio de un Derecho cambiario uniforme, sin detenerse ante las dificultades que el proyecto presenta estando todas las legislaciones de los países sudamericanos inspiradas en tipos de derecho europeo, completamente distintos del suyo.

Y si los Estados Unidos se deciden a vencer su resistencia tradicional (muy justificada por su constitución política), guiados únicamente por la utilidad práctica del proyecto y por la gran facilidad que añadiría a las relaciones comerciales, nada justifica ya la pasividad de España, que apenas tendría que vencer dificultades en este terreno: sus códigos, principalmente el de 1829, han inspirado las leyes a la mayor parte de aquellas Repúblicas; y, en todo caso, nunca se encontrarán tan distantes como la legislación de los Estados Unidos y las de dichos países. Por otra parte, fácilmente se comprende cuánto facilitaría las negociaciones la comunidad del idioma, que, al propio tiempo, aseguraría en gran parte la identidad de interpretación del proyecto uniforme que fuese adoptado. Y, por último, no existe tampoco en estos países el grave obstáculo que hoy impide el llegar a un acuerdo total respecto a estas cuestiones entre los países europeos. Nos referimos a la presencia de las tradiciones jurídicas nacionales, que han creado tres tipos fundamentales de Derecho cambiario, difícilmente conciliables por diversas causas, muchas veces políticas: el tipo alemán, el tipo francés y el angloamericano.

Digitized by Google

CAPITULO I

La unificación del derecho cambiario en el terreno de la doctrina.—Necesidad: opiniones.

"Se reconoce, en general, que el campo del derecho comercial es el que mejor se presta a las tentativas de unificación, en razón de su carácter neutro, por decirlo así, puesto que no afecta ni a la moral ni al orden social" (1). Y dentro de este mismo derecho todavía, nada mejor que la letra de cambio, que hoy día, a pesar de las facilidades dadas a los transportes de numerario y a pesar de la creación del giro postal internacional, continúa siendo el instrumento esencial de los pagos internacionales (2).

Como se ha afirmado en el seno de la Alta Comisión Internacional, "las relaciones comerciales y económicas, en general, son tan importantes y vitales para el desarrollo y prosperidad de las naciones, que es necesario crear una organización jurídica adecuada para facilitarlas y estimularlas. La misma fuerza de estas relaciones ha determinado el predominio del oro como denominador monetario universal. Si el oro es el valorímetro internacional, la letra de cambio es el medio circulante internacional. De aquí la necesidad de crear un estatuto uniforme que facilite y estimule su empleo, removiendo el mayor número posible de trabas para su libre circulación entre los Estados" (3).

Entre la serie de opiniones favorables a estos trabajos de unificación, y optimistas en cuanto a sus resultados, encontramos la apreciabilísima de Weiss, del cual son las siguientes frases: "Las dificultades de derecho internacional privado que surgen tan a menudo à propósito de la letra de cambio, bajo el

(1) Potu, *L'unification du droit rélatif à la lettre de change et au billet à l'ordre*. París, 1916, pág. 6.

(2) Véase Potu, loc. cit., págs. 2-5.

(3) Alta Comisión Internacional, *Estudio sobre una legislación uniforme*, etc. Washington, 1918, pág. 34.

Digitized by Google

triple aspecto de la *capacidad* que se exige a las partes, de las *formas* de la letra y de sus principales *efectos*, tal vez fuese posible evitarlas o, al menos, atenuarlas en gran medida, mediante la adopción de una legislación uniforme.

"Hay, en efecto —sigue—, pocas materias en que las ventajas de la unificación aparezcan tan claramente con tanta facilidad de ser realizada. Las necesidades a las cuales la letra de cambio tiene por misión proveer, son de todos los países, y reclaman en todos los lugares una satisfacción idéntica; las diferencias de temperamentos y de razas no tienen ninguna influencia sobre ella. Simple instrumento de transacciones civiles o comerciales, libre de lazos que la pongan en dependencia de ideas morales, religiosas o sociales, la letra de cambio parece no suscitar sino cuestiones técnicas y presentar un carácter de abstracción muy propio para favorecer la unidad" (1).

Cree también Lacour (2) que la unificación internacional del derecho comercial no es un sueño absolutamente quimérico, "porque las necesidades económicas a las cuales este derecho debe satisfacer, son idénticas entre todos los pueblos civilizados, y el ideal que se propone el legislador en el fondo es siempre el mismo. Sin embargo —añade—, la diversidad de los usos jurídicos y de los hábitos de espíritu especiales y pecualiares de cada país, hacen esta unificación muy difícil de realizar".

En realidad, no ha sido muy justificado este optimismo de la mayoría de los juristas que de la cuestión se han ocupado, porque, aun cuando no pesan, en efecto, sobre el derecho mercantil esas preocupaciones de orden moral y religioso que en otras materias hacen casi imposible el pensar en acercarse

(1) Weiss, *Traité théor. et pratique de droit International privé*. Tomo IV, 1912, pág. 437.

(2) *Précis de Droit commercial*. París, 1921, vol. I, pág. 18. Véanse también Marghieri, *Il filangieri (Di un proggetto di legge cambiaria internazionale)*, 1885, pág. 643. Norsa, *Sul conflitto internazionale delle leggi cambiarie*, 1871, pág. 183. Sacerdoti, *Archivio giuridico*. Tomo XIII, 1874, págs. 296 y sig. Esperson, *Diritto cambiario internazionale*, 1870, páginas VII-IX y 109.

Digitized by Google

a la uniformidad de las legislaciones, influyen sobre él de un modo tan intenso como aquellas preocupaciones las tradiciones jurídicas de cada pueblo, creadas por el espíritu peculiar de los jurisconsultos y comerciantes y transmitidas a la legislación nacional propia. Así ha podido decir Thaller:

..."El temperamento nacional y la génesis de las ideas, tan poco semejantes según el país del cual se depende, determinan o agravan a menudo el contraste de reglamentación que se deseaba ver desaparecer. Quiéralo o no, el jurisconsulto que pertenece al círculo de la teoría, como también el práctico, conserva en su cerebro la huella que la educación y el medio les han dejado. La multiplicidad de soluciones que se agrupan alrededor de una ley, proviene de una concepción primordial, de un cierto trazado de principios, susceptible de traducirse en una fórmula madre y bajo la cual nos sentiríamos inmediatamente desorientados" (1).

Todo este movimiento y la sucesión de Congresos, Conferencias internacionales e innovaciones a los Gobiernos, responden a una necesidad, sentida más intensamente por los interesados, comerciantes y banqueros, de una uniformidad legislativa que estableciese una seguridad mayor en las relaciones cambiarias. He aquí las palabras de un banquero, M. Bignon (2): "Todo el mundo está de acuerdo en desear la unificación de las leyes sobre la letra de cambio. Creo inútil recordar todas las ventajas conocidas ya, de seguridad, de rapidez, que resultarían para el comercio internacional. Si nos colocamos, por ejemplo, en el punto de vista particular de la Banca, es muy fácil demostrar los peligros de la diversidad de legislación. Muy frecuentemente, los banqueros compran letras de cambio en el extranjero; sin duda no compran este papel sin un buen descuento y si no está garantizado por endosos con firmas de primer orden; pero, a pesar de todo, los banqueros no cono-

(1) Thaller, *De la nécessité, en droit comparé, d'étudier les doctrines juridiques et nationales des institutions; application à la lettre de change.* (Procès verbaux du Congrés de droit comparé), 1905. página 603.

(2) Rapport (*Bullettin de la fédération des industriels et des commerçants français*, febrero 1913, pág. 162).

Digitized by Google

cen las leyes extranjeras bajo el imperio de las cuales han sido creadas estas letras de cambio; no pueden, pues, estar seguros de su regularidad, como si se tratase de papel nacional. Además, si se produce una quiebra, si el banquero se ve obligado a hacer valer sus derechos en el extranjero, se crea para él una situación difícil, porque no los conoce exactamente; ignora muchas veces las obligaciones que le incumben, las formalidades y los plazos para obrar, corriendo el riesgo, así, de verse desposeído de sus derechos. Una ley uniforme —sigue—, adoptada por todos los países, pondrá fin a esta situación peligrosa; colocaría a los comerciantes, a los industriales, a los banqueros, en una palabra, a todos los que realizan negocios con el extranjero, al abrigo de los riesgos que, inevitablemente, corren a la hora actual."

Esta aspiración del comercio internacional, secundada siempre por los juristas de todos los países, es una consecuencia de todos los fenómenos de desarrollo económico, y especialmente de desenvolvimiento prodigioso de los medios de transportes terrestres y marítimos durante el siglo XIX. Los cambios nacionales e internacionales, las transacciones comerciales y el movimiento de mercancías han creado una extensa y complicadísima red de relaciones jurídicas, una masa considerable de créditos y de deudas entre los distintos países, cuyo instrumento esencial es la letra de cambio y, en menor proporción, el cheque. Y no es solamente un aumento de *cantidad* de títulos en circulación el efecto de este rápido incremento comercial, sino también un aumento en la *velocidad* de los mismos. Por otra parte, el radio de acción de la letra de cambio y, en general, de todos los documentos negociables, antes limitado a las operaciones entre comerciantes, se ha visto modernamente ampliado de un modo extraordinario, utilizándose para innumerables actos de la vida civil, hasta el punto de haber perdido en gran parte su primitivo carácter de documentos mercantiles. No es ya sólo el comerciante el que interviene en las relaciones cambiarias sino cualquier ciudadano, frecuentemente mucho menos protegido que aquél, y que, por lo mismo, necesita mayor seguridad en los derechos que el título le confiere y en las obligaciones que le impone. El rigor de

Digitized by Google

la obligación cambiaria solamente puede justificarse y compensarse con una seguridad igualmente grande en las relaciones jurídicas que emanan del título mismo.

La ltra de cambio y el cheque, en general, los instrumentos de pagos internacionales, circulan rápidamente entre todos los países y en su desarrollo intervienen súbditos de diferentes Estados; las relaciones jurídicas a que dan lugar son múltiples y con demasiada frecuencia las leyes que respectivamente deben aplicarse presentan oposiciones de principios y de reglamentación que perjudican sensiblemente a la normalidad del comercio. La letra de cambio evita los transportes de numerario; y la transmisibilidad por endoso, nota característica de estos títulos, facilita extraordinariamente su circulación a través de todos los países: júzguese cuál será la complicación en el caso frecuente de existir una cadena de endosos sobre la misma letra, regidos todos por legislaciones distintas..." Toda obligación cambiaria es autónoma, independientemente de las demás que, sin embargo, constan en el mismo título. Una sola letra de cambio sirve para cumplir muchas operaciones, por economía de títulos y por imprimir al título que comprende todas las diversas operaciones una mayor seguridad de realización, atendida la solidaridad de todos los firmantes. El único vínculo que une, por tanto, a los distintos suscriptores, consiste en la responsabilidad común para el pago de la letra. Pero cada operación está separada, económica y jurídicamente, de todas las demás. Así, pues, cada relación se regula por la respectiva ley del contrato" (1).

Tantas relaciones jurídicas sobre el título serán otras tantas legislaciones a aplicar y que el portador de la letra deberá conocer. Y el conocimiento de las leyes de cada uno de esos actos no hará muchas veces más que aumentar la incertidumbre sobre el valor y los efectos del título que posea, dada la oposición y las diferencias entre sus disposiciones. En cuanto a la capacidad de contratar por letra de cambio, las

(1) Bolaffio, *Le cambiale emesse all'estero*... Temi veneta, 1886, página 62.

Digitized by Google

legislaciones tienen en cuenta principios distintos, y mientras algunas se atienen a las reglas generales de la contratación, otras excluyen a ciertas personas capaces por derecho civil como, por ejemplo, las mujeres. La diversidad es todavía mayor en cuanto a la forma de la letra de cambio y a sus efectos jurídicos (1).

No presentaría tantas dificultades el averiguar la verdadera posición jurídica del portador con relación a los anteriores poseedores si, al menos, existiesen reglas uniformes de derecho internacional privado para determinar la competencia de las leyes. Pero también en éstas existe oposición, y mientras unas leyes se atienen al principio de la *lex patriae*, otras aceptan la *lex domicilii*, y algunas tienen también en cuenta, en ciertos casos, la *lex loci*, cuando es más favorable a la validez del acto; problema este de la ley aplicable a la capacidad, que por causas políticas y demográficas constituye uno de los más serios obstáculos que la unificación de las legislaciones cambiarias encuentra. En cuanto a la forma, tanto de la letra como del cheque y de los endosos, las diferencias no son menos importantes.

Todas las divergencias que hoy existen entre las leyes del cambio estaban hasta la época contemporánea superadas por una oposición más honda y fundamental, cual era el concepto mismo que de la letra de cambio tenían las legislaciones. Concebida primeramente como simple instrumento de ejecución del contrato de cambio, fué poco a poco evolucionando y sirviendo a nuevas necesidades, principalmente mediante la introducción de la cláusula *a la orden* y por la supresión del requisito de la *distancia loci*, esencial dentro del primitivo carácter del título. Esta supresión, que respondía a una nueva función económica de la letra de cambio mucho más interesante y compleja que la originaria, la función de instrumento de crédito y de pagos, no se verificó al mismo tiempo en todos los países aun cuando en todos ellos se produjo esa transformación del carácter fundamental de la letra. Así, mientras Alemania daba en 1848 un gran impulso al derecho

(1) Véase Potu, ob. cit., introducción, págs. 2-3.

Digitized by Google

cambiario con la publicación de su *Wechselordnung*, que tanta influencia estaba llamada a ejercer sobre todas las legislaciones cambiarias e Inglaterra había suprimido ya en 1719 el requisito de la *distancia loci* (1), Francia, por el contrario, mantiene esta exigencia en su código hasta el año 1894, aun cuando en la práctica el comercio había salvado la dificultad que para sus operaciones representaba este requisito.

En esta diferencia fundamental entre el sistema de la ley francesa y el de las leyes alemana e inglesa, radicaban las mayores dificultades que los juristas veían para la obra de la unificación. Así decía P. Dareste, en la *Société de Législation Comparée*, que "el gran obstáculo a esta uniformidad procede de Francia. Como hace notar M. Barclay, solamente la ley francesa permanece hoy fiel a la antigua teoría, según la cual la letra de cambio es el medio de ejecución del contrato de cambio" (2). Al suprimir esta diferencia esencial se dirigieron, pues, los esfuerzos de los tratadistas de los Congresos internacionales, hasta que consiguieron verla desaparecer, en 1894, de la ley francesa. Observando los trabajos de Lyon-Caen, de Sacerdoti, de Esperson y de tantos otros, se encuentra esta preocupación y la creencia de que el tipo que debiera adoptarse al emprender la unificación era el de la ley alemana, por lo menos como una tendencia más en armonía con la nueva función de la letra de cambio.

Pero existía otra oposición que pronto se reveló como más honda y que hoy día constituye la barrera que separa las legislaciones cambiarias y que impide llegar, por el momento al menos, a una uniformidad internacional completa. Es el problema de los derechos del portador de la letra de cambio sobre la provisión, cuya propiedad se trasmite a aquél en el sistema francés mediante el endoso, doctrina que el carácter formal y riguroso del sistema alemán no admite. Esta oposición, que se manifestó en toda su importancia en el Congreso de Amberes de 1885, ha hecho fracasar casi todas las

(1) Véase Potu, ob. cit., pág. 41.

(2) Nota bibliográfica, *Bulletin de la Société de Lég. comp*, 1884, página 678.

Digitized by Google

tentativas de unificación y últimamente, la Conferencia de La Haya, en 1912, se ha visto obligada a dejar fuera de la reglamentación uniforme y al cuidado de las leyes nacionales la cuestión de la provisión. En virtud de estas experiencias repetidas, son varios los tratadistas que opinan debiera limitarse la obra unificadora a las cuestiones de derecho cambiario formal, es decir, a aquellos elementos que aparecen sobre el título, prescindiendo del llamado derecho civil cambiario que, por estar bajo la entera dependencia de los principios generales del derecho, es la expresión de la mentalidad jurídica de los pueblos. "Solamente el derecho formal consiste en un conjunto de reglas casi completamente independientes de la concepción del mecanismo de la letra de cambio y de los principios generales del derecho... La ley uniforme debe dejar, pues, fuera de su dominio la reglamentación de las relaciones entre la letra y su causa, de la capacidad y de la ejecución" (1).

Sin embargo, es una solución incompleta el abandono de estas cuestiones, y siempre dejará una enorme laguna en la obra de la unificación, subsistiendo este foso profundo que separa las legislaciones. "Por el silencio voluntariamente guardado sobre este punto, no dejará de existir una discrepancia capital entre las distintas leyes", ha dicho M. Wahl (2).

CAPITULO II

Los sistemas legislativos.

En la evolución de las leyes sobre la letra de cambio, hasta llegar a la situación actual, se observa un fenómeno, notado ya por Potu, que ofrece un gran interés: el desenvolvimiento histórico de esta institución sigue una trayectoria opuesta a la que suelen recorrer todas las demás instituciones sobre cuyo nacimiento pesa casi siempre la influencia de las condiciones distintas de medio y de raza. La va-

(1) Potu, op. cit., pág. 144.

(2) Rapport, *Bulletin de la Société d'Etudes legislatives*, 1911, página 415.

Digitized by Google

riedad de los sistemas cambiarios actuales no ha sido, en efecto, el resultado de concepciones primitivamente opuestas, siendo reglamentada de un modo uniforme en sus orígenes por todas las legislaciones; más tarde, en su evolución posterior, ha sido cuando las diferencias fueron apareciendo y en cada legislación se presenta con matices distintos e infinitos.

A esto podemos añadir, sin embargo, que desde que existe una opinión internacional favorable al movimiento unificador, las tendencias al alejamiento han disminuído y, al propio tiempo, se han acortado en gran parte las distancias, suprimiéndose muchas divergencias importantes y conciliándose algunas. Bastaría comparar las leyes tipos de hace un siglo con su estado actual para observar que muchas diferencias, aun fundamentales, han desaparecido (leyes francesas de 5 de junio de 1894 y de 8 de febrero de 1922). Esta es, quizá, la impresión objetiva que mayor optimismo puede producir sobre el resultado práctico futuro de las corrientes de unificación.

En un principio la letra de cambio en todos los países fué concebida en la misma forma; como instrumento de ejecución del contrato de cambio trayecticio. En el siglo XVII (1) se realiza una transformación trascendental que hace variar por completo el carácter de la letra de cambio y que fué el origen de todos los sistemas cambiarios y de todas las doctrinas. Hasta este momento la letra era un título nominativo y no podía, por tanto, crearse más que en favor de una persona determinada; pero el comercio, impulsado por la necesidad de dar movilidad a la letra, de facilitar su circulación, introdujo la cláusula *a la orden,* haciendo este título transmisible por medio del endoso. De este momento arrancan el carácter nuevo de la letra de cambio como instrumento de crédito y de pagos y las concepciones modernas, principalmente alemanas, sobre la función del título. Estas nuevas concepciones fueron recogidas en la *allgemeines Landrecht* prusiana de 1794, que ha transformado la letra de cambio

(1) Goldschmidt, *Storia universale del diritto commerciale.* Traducción italiana, 1913, pág. 341.

Digitized by Google

en una obligación escrita en el estricto sentido, y este principio fué luego seguido por las numerosas leyes del cambio dictadas en los territorios alemanes (1). En 1846, y de acuerdo con una resolución de la octava Conferencia del *Zollverein*, Prusia invitó a todos los Estados alemanes a una Conferencia, que se inauguró el 20 de octubre de 1847 en Leipzig, a la cual asistieron, entre otros juristas y comerciantes, Einert, Liebe y Thöl, y que elaboró en menos de dos meses la nueva *Wechselordnung* publicada en el año siguiente, 1884.

En cuanto a su contenido, la *Werchselordnung* es el fruto de los trabajos de los jurisconsultos alemanes y holandeses de los siglos XVII y XVIII, modernizados por Einert, Liebe y Thöl (2). El nuevo instrumento creado por la *Wechselordnung* fué adoptado casi por entero por numerosos países y seguido por otros muchos, con más o menos modificaciones. Entre los primeros figuran Austria, Finlandia, Suiza, que en 1854 llega a redactar un proyecto sobre efectos de comercio aceptado por seis cantones y precedente a la publicación del Código federal de las obligaciones que reduce a la unidad 26 legislaciones distintas; los tres reinos escandinavos unifican también, mediante la ley de 7 de mayo de 1880, su derecho cambiario. Siguen también a la *Wechselordnung*, aunque de un modo más libre, los códigos de comercio de Italia (1882), rumano (1886) y portugués de 1888. En época más reciente encontramos también su influencia en las leyes de algunos Estados sudamericanos: Perú (1902), San Salvador (1904), Venezuela (1904) y Brasil (1908).

Este numeroso grupo de legislaciones inspiradas en los mismos principios y colocadas alrededor de la ley alemana, ha hecho mucho más fácil el camino de la unificación inter-

(1) Véase Goldschmidt, *Storia universale del diritto commerciale*. Trad. ital., 1913, págs. 309 y sig. Huvelin, *Travaux sur l'histoire de la lettre de change*. Benito y Endara, *Ensayo de una introducción al estudio del derecho mercantil*. Valencia, 1896. Potu, op. cit., págs. 7 y siguiente.

(1) Véase Endemann, *Manuale di diritto commerciale*. Versión italiana, vol. V, págs. 49 y sig. Cosack, *Traité de droit commercial*. Traducción francesa, 1905, tomo II, pág. 47.

Digitized by Google

nacional. "En verdad —dice Marghieri—, por cuanto se refiere a la materia cambiaria, puede afirmarse que la uniformidad, casi del todo alcanzada por la mayoría de los Estados en sus leyes del cambio, resta a la cuestión la especial importancia que tiene para otras ramas de la legislación. La armonía legislativa deseada para evitar inconvenientes en caso de conflicto es hoy día un hecho entre las leyes que se informan en los principios reconocidos y seguidos por vez primera en la ley alemana de 1848" (1).

Han conservado, entre otros países, el sistema tradicional francés, Luxemburgo, Polonia, Holanda, Grecia, Turquía, etcétera. La mayor parte de los países de América del Sur también han permanecido fieles a la doctrina tradicional por influencia del Código francés y del español de 1829, que pertenecía por completo a este sistema.

Pero el grupo francés ha evolucionado también profundamente por influencia de la ley alemana, cuyas doctrinas tuvieron en aquél repercusiones, sobre todo en lo que se refiere a la utilización de la letra de cambio como instrumento de crédito.

Existe también un grupo de legislaciones que forman un sistema intermedio entre el alemán y el francés. En el fondo vienen a representar la dirección verdadera y constante del derecho cambiario en general hacia la forma alemana. Este grupo está formado por algunos países cuyos códigos antiguos estaban inspirados en el sistema tradicional francés, y que al ser revisados modernamente, reciben la nueva savia del derecho alemán. En este caso se hallan el Código español de 1885 y las legislaciones de Bélgica, Costa Rica y algunos otros países de la América española (2).

En Inglaterra se puede observar la misma evolución que en los países germánicos, aun cuando en su derecho cambia-

(1) Marghieri, *La cambiale*, 1890, pág. 216.

(2) Debe tenerse en cuenta que no se puede considerar indiscutible y definitiva la colocación de los Códigos dentro de un grupo determinado, porque, por una parte la variedad de matices, y por otra la imposibilidad de fijar un límite entre unos y otros sistemas, hacen sumamente difícil la agrupación de las legislaciones.

Digitized by Google

rio las transformaciones hayan sido más lentas y mucho menos radicales. Hasta una época bastante reciente el derecho angloamericano de la letra de cambio estuvo regulado solamente por los usos comerciales, confirmados en numerosas decisiones judiciales y diversos estatutos particulares. "Este derecho, necesariamente un poco confuso —dice Potu—, se ha desenvuelto libremente para dar satisfacción a las necesidades de los banqueros y de los comerciantes. A diferencia del derecho alemán, el derecho angloamericano, esencialmente práctico e ignorando construcciones metafísicas, ha desterrado todo formalismo, toda exigencia puramente verbal que constituya una traba para el comercio. El movimiento legislativo ha consistido en codificar pura y simplemente los usos establecidos" (1).

En 1882, con el proyecto de ley redactado por sir Mackenzie Chalmers de acuerdo con las opiniones de la alta Banca y de las Cámaras de Comercio, consigue Inglaterra ver codificado su derecho cambiario. Esta Ley reconoce dos categorías o formas de la letra de cambio: el *inland bill*, creado y pagado en el Reino Unido, y el *foreign bill*, pagable fuera del Reino Unido. La distinción no tiene importancia más que en lo referente al protesto, indispensable solamente para las letras exteriores. "La ley inglesa de 18 de agosto de 1882, dictada a impulsos de la asimilación del derecho en estas materias, que en gran parte alcanza, es quizá el precedente en fecha no remota de la unificación escrita de su derecho privado mercantil" (2).

La codificación de la Gran Bretaña no tardó en ser imitada por los Estados Unidos, que, por otra parte, seguían el derecho común inglés. La *American Bar Association* tomó la iniciativa de estas tendencias unificadoras, reuniendo conferencias anuales con delegaciones de la mayoría de los Estados, con objeto de preparar la unidad del derecho. La Conferencia de 1897 adoptó un proyecto preparado por John J. Crawford, que ha

(1) Potu, ob. cit., pág. 43.

(2) Requejo y Alonso, *Algo sobre la Conferencia de La Haya.* Asociación esp. para el progreso de las Ciencias, Congreso de Granada, tomo VI.

Digitized by Google

sido introducido como ley, casi sin modificaciones, en 46 Estados.

* * *

"...Las diferencias principales que existen entre las leyes sobre la letra de cambio no tienen por causa motivos fundamentales. Provienen en su mayoría de que algunos legisladores, especialmente el legislador francés, han descuidado el hacerse cargo de las modificaciones que se han producido en la utilización de las letras de cambio, o no han notado que las causas que durante largo tiempo habían hecho reglamentar de una cierta manera estos efectos comerciales han desaparecido" (1).

Son muchos los autores que consideran menos fundamental y menos honda de lo que es en realidad, la razón de las diferencias que separan entre sí a las legislaciones comerciales. No es del todo inexacto su razonamiento, que descansa en un hecho evidente: el Código francés de 1807 ha sido el punto de partida de la mayoría de las legislaciones europeas y americanas, pero al promulgarse la Ordenanza del cambio alemán, la dirección de las leyes cambió, y en ella se inspiraron desde entonces las elaboradas nuevamente y las antiguas, revisadas para ponerlas en armonía con las nuevas funciones que ya la letra de cambio venía llenando, por obra del impulso progresivo del comercio. En una palabra, que el sistema francés constituye aún para algunos autores franceses un punto de partida, y la Ordenanza alemana un punto de llegada, al cual las legislaciones *deben* acercarse, y se van ya aproximando en realidad. Así opina el mismo Lyon-Caen al afirmar ante el Consejo de las *sociétés savantes* francesas que "la mayoría de las legislaciones sobre letra de cambio se aproximan las unas a las otras, y para realizar esta aproximación recíproca tienen una marcada tendencia de alejarse del Código francés, que, en esta materia al menos, se considera en todas partes como una consagración de reglas anticuadas y poco conformes a las necesidades actuales del comercio" (2).

(1) Lyon-Caen, *De l'unification des lois relatives aux lettres de change.* (*Journal de droit international privé.*) 1884, pág. 351.

(2) Loc. cit., pág. 357.

Digitized by Google

Sin embargo, no es tan sencillo probablemente el motivo que aún hoy sostiene esas diferencias, y no basta a explicar la tenacidad con que los principios de cada sistema cambiario han sido sostenidos en numerosas ocasiones, algunas de ellas muy recientes. Recuérdese, sino, lo ocurrido en las Conferencias de La Haya de 1910 y 1912, especialmente con motivo de la cuestión de la provisión.

Es necesario admitir que, si no las preocupaciones religiosas, morales y sociales que sobre otras instituciones actúan, sí han influído sobre las leyes comerciales el genio particular de cada pueblo y las costumbres peculiares del comercio nacional, tan fuertes y arraigadas quizá como puedan serlo los usos sociales o la moral y la Religión. "El sistema francés, fundado sobre la tradición y sobre un concepto de la lealtad y de la seguridad del comercio del cambio, caracterizado por la teoría de la provisión; el sistema alemán, profundamente penetrado de la teoría y del dogmatismo; el sistema angloamericano, esencialmente práctico y fundado sobre la costumbre de los banqueros" (1), todos ellos presentan inconfundible la huella del carácter nacional y de las causas históricas.

El doctor Meyer ha trazado un cuadro detallado con la posición respectiva de las legislaciones dentro de cada grupo o sistema cambiario. Los reduce a cuatro tipos distintos: el grupo francés, el alemán, un grupo intermedio entre ambos (en el cual incluye a nuestro Código de 1885) y el grupo angloamericano. Sin embargo, en esta cuestión tan compleja, solamente como un trazado de grandes líneas puede aceptarse, puesto que ya hemos observado cuán difícil es delimitar los sistemas y situar dentro de ellos a todos los códigos.

Marghieri señala solamente tres sistemas legislativos: el alemán, el francés del Código de 1807 y un tercer grupo, que, según él, se separa sólo en parte del francés y que es seguido por la ley belga; por la inglesa, en cuanto se refiere a Escocia, y por la española de 1885. Sus particularidades son: 1.°, que la ley francesa conserva todavía a la letra de cambio

(1) Potu, op. cit., pág. 46.

Digitized by Google

su carácter histórico de expresión de un contrato de cambio trayecticio, fundado sobre las teorías del valor y de la provisión; 2.°, que la ley belga y la inglesa (para Escocia), consideran todavía la provisión como característica del derecho cambiario, y 3.°, que la española enumera la indicación del valor entre los requisitos del título cambiario (1).

Pero en cuanto a la primera nota, ya no puede sostenerse hoy, al menos en su parte fundamental, desde la ley de 1894, que suprimió el requisito de la *distancia loci;* y respecto a la ley belga existen opiniones autorizadas que niegan el reconocimiento de la teoría de la provisión por dicha ley (2).

El sistema francés (3), el más antiguo, ha evolucionado tan profundamente que, sobre todo desde la promulgación de la reciente ley de 8 de febrero de 1922, apenas si conserva rasgos característicos. La realidad de esta evolución contínua de la doctrina francesa tiene una gran importancia en cuanto se refiere a la posibilidad de la unificación formal de las leyes del cambio. Si se compara la doctrina francesa de Pothier con el sistema en su estado actual, difícilmente podrán identificarse. Ha desaparecido, ya en 1894, la exigencia de que la letra fuese girada sobre un lugar distinto del de su emisión. La misma suerte han corrido recientemente otras disposiciones del Código de 1807, como son el requisito de la indicación del valor y el artículo que consideraba el endoso irregular como endoso constitutivo de mandato. La nueva ley admite el endoso en blanco, sin exigir siquiera, como el código español, la consignación de la fecha.

Hoy día puede afirmarse que lo que permanece como elemento característico del sistema cambiario francés, después de la ley de febrero de 1922, es la unión indisoluble de la

(1) Marghieri, *La cambiale.* Nápoles, 1890, pág. 216.

(2) Jules Fontaine, *Etudes sur la lettre de change. La loi belge du 20 mai 1872 au regard de la Théorie de la provision et de l'unification international,* Gand, 1922.

(3) Cfr., entre otros, Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commerchal.* Tomo IV, págs. 38 y sig. Thaller, *Traité élémentaire de droit comm.,* 1922, págs. 789 y sig. Wahl, *Précis théorique et pratique de droit comm.,* 1922, apéndice, págs. 1083 y 1084.

Digitized by Google

letra y de su causa, unión que se manifiesta exteriormente por la teoría de la provisión, pero ya no por la mención del valor, que, en realidad, nada tiene que ver con la teoría en sí, puesto que, según el derecho común, la causa de las obligaciones se presume, sin que sea preciso mencionarla.

He aquí cómo Thaller, seguido por Potu, resume la doctrina moderna francesa:

"Llevados por una inclinación natural de nuestro espíritu, hemos visto en la letra de cambio más bien la realidad del título que la rapidez de su circulación. Poniendo en primer plano la seguridad de la operación y la necesidad de mantener la mayor cantidad posible de garantías a la circulación de los títulos, no hemos podido aceptar la separación de la deuda y de la letra. Hemos repudiado el acto formal y abstracto.

"En la concepción francesa la letra de cambio no es, pues, más que un medio de garantizar de un modo especialmente riguroso la ejecución, y de facilitar la utilización económica de una *deuda preexistente,* cualesquiera que sean su naturaleza y origen.

"Así, el mecanismo de la letra de cambio puede resumirse de la manera siguiente: una deuda en dinero existe entre dos personas. Esta obligación encierra en sí misma los elementos legales comunes a toda obligación estando sometida al derecho común de la ejecución.

"Por una *indicación de pago* (*assignation, anweisung*) esta deuda se encierra en una letra de cambio; se convierte así en transmisible con arreglo a modalidades especiales y queda revestida de garantías de ejecución particularmente eficaces. Pero, si bien la deuda ha tomado una fisonomía nueva, conserva siempre sus raíces profundas en la obligación inicial. Esta continuará produciendo aquellos de sus efectos que sean compatibles con la estructura de la letra" (1).

---

(1) Thaller, *De la nécessité, en droit comparé, d'étudier les doctrines juridiques et nationales des institutions: application à la lettre de change. Bulletin de la Société de Leg. comparée.* Tomo XXIX (1899-1900), págs. 795 y 796. Potu, op. cit., págs. 66 y 67.

Digitized by Google

He aquí el punto más fuerte de la doctrina francesa: la teoría de la provisión, que ha constituído el obstáculo contra el cual se estrellaron todas las tentativas de unificación y que los jurisconsultos y comerciantes franceses consideran como una creación de sus tradiciones jurídicas nacionales y de su carácter peculiar. No es de esperar, por tanto, que en mucho tiempo renuncien a ella, cuando, por otra parte, acaba de ser reconocida en la nueva ley esta doctrina elaborada por la jurisprudencia; el artículo 4 de la reforma citada de 1922 dice así: "*La propiedad de la provisión se transmite de derecho a los portadores sucesivos de la letra de cambio.*"

El sistema llamado intermedio o mixto (España, Bélgica) no es más que un sistema francés modificado y puesto de acuerdo con las necesidades nuevas por influencia de la ley alemana. Sin embargo, continúa encuadrado dentro del nuevo sistema francés, con el cual ya puede considerarse fundido desde la ley, varias veces citada, de 1922 (1).

La concepción angloamericana, verdadero sistema intermedio, abandona la doctrina tradicional del contrato de cambio, pero sin llegar a romper enteramente el lazo de unión entre el título y su causa (obligación), sin ir hasta la obligación abstracta. Ese lazo entre la letra y su causa es sumamente débil, puesto que se supone su existencia (*valuable consideration*) y que se rechaza la teoría de la provisión. El espíritu inglés ha atendido a hacer de la letra de cambio un documento esencialmente práctico, facilitando grandemente su circulación mediante la supresión de todo formalismo y el reconocimiento legal de la letra de cambio *al portador*, a la cual no osó llegar el derecho alemán.

En resumen, la concepción angloamericana considera la letra de cambio como influída por su causa, en cuanto se refiere a las excepciones y a los recursos; pero esa unión es sumamente leve, por cuanto no llega a transferir la provisión en provecho del portador (2).

(1) Artículos 456, 457, 458, 459, 460 y 525 del Código de Comercio Español de 1885.

(2) Barday et Dainville, *Les effets de commerce dans le droit anglais.*

Digitized by Google

El sistema alemán, producto principalmente de la teoría y formado en las universidades (1), es el más radical de todos. En principio suprime toda relación entre la letra de cambio y la obligación, que es su causa. Prescinde del acto jurídico que da origen a la letra de cambio en cuanto podría estorbar su circulación, dando nacimiento a excepciones. Solamente toma en consideración el título, así como las excepciones que de su simple lectura se desprenden. Como compensación a este rigor del derecho de cambio y para evitar que la buena fe de los particulares sea sorprendida, el sistema alemán es profundamente formalista (2). Exige, en primer lugar, la inserción en el título de las palabras "letra de cambio", disposición de la *Wechselordnung*, que ha sido reproducida en todos los códigos que siguen este sistema, hasta el punto de constituír una de sus características externas más notables. La letra de cambio alemana es un molde rígido completamente distinto en este extremo de la letra de cambio del sistema angloamericano, esencialmente liberal. Admite el endoso en blanco que transfiere la propiedad del título, pero no la letra de cambio al portador, considerando que la negociabilidad es de la esencia del título.

Y como consecuencia también del carácter abstracto de la letra, el derecho de cambio alemán no contiene ninguna reglamentación de la provisión: la ausencia de ésta no afecta en nada a la validez de la letra.

Existe para esto, como hace notar Potu (3), una razón histórica accidental: que cuando se introdujo la *Wechselordnung* la reglamentación del derecho civil estaba abandonada a cada uno de los Estados alemanes, y a ellos correspondía, por tanto, regular la suerte de la provisión. Por esto, si puede afirmarse como exacto que el derecho cambiario alemán no atribuye al portador ningún derecho sobre la provisión, no podría decirse que el sistema alemán ignore toda teoría de la provisión. Como observa Thaller, "los alemanes no dicen que la provi-

(1) Thaller, *De la nécessité*, etc., págs. 793-794.
(2) Thaller, loc. cit., pág. 794.
(3) Potu, ob. cit., pág. 80.

Digitized by Google

sión pertenezca al portador; sostienen solamente que debe quedar fuera del derecho del cambio, lo cual resulta una pura cuestión de método" (1).

Por otra parte, en la misma *Wechselordnung* aparece en cierto modo reconocido el vínculo entre el título cambiario y la obligación primera, con el artículo 83, que concede una acción de enriquecimiento sin causa a favor del portador, y que solamente puede fundarse en la teoría de la provisión: "he aquí cómo esta teoría penetra por una puerta de escape en la misma Ordenanza del cambio" (2).

Y, en cuanto al derecho civil, la deuda que sirve de fundamento a la letra de cambio, salvo en el caso de efectos de favor, subsiste y continuará rigiendo a las partes fuera de las acciones nacidas de la letra de cambio.

En resumen, podemos considerar como fundamentales solamente dos sistemas legislativos, en los cuales, más o menos, se inspiran todas las leyes: el sistema francés, caracterizado hoy día, desde la ley de febrero de 1922, por la teoría de la cesión de la provisión, y el sistema alemán de la *Wechselordnung*, fundado en la teoría de la obligación abstracta y en la supresión de todo lazo entre la letra y su causa. La letra de cambio es un instrumento formal, cuya fuerza proviene solamente del empleo de la redacción legal; para saber si el signatario está obligado y cómo lo está no hay necesidad ninguna de referirse a la obligación primera: no se debe salir del título mismo.

(*Continuará.*)

---

(1) Loc. cit., pág. 803.

(2) Thaller, ídem íd., pág. 800.

Digitized by Google

El servicio personal de los Indios, durante la colonización española en América

POR

JOSÉ DE BARRASA Y MUÑOZ DE BUSTILLO

CAPITULO I

El Servicio Personal de los Indios en general

El Servicio Personal de los Indios consistía en la obligación de los naturales de los territorios descubiertos en América sujetos a nuestra colonización de dedicarse a determinados trabajos públicos, que atendían al florecimiento de los nuevos territorios y a aplicar los productos en ellos obtenidos al sostenimiento y desarrollo de la obra de colonización emprendida por España. Algunos autores antiguos, como Agia (1), y modernos, como Capitan y Lorin (2) le dan el nombre de Servicio Personal, con evidente error, a nuestro juicio, a una desnaturalización de las Encomiendas que, a espaldas de las disposiciones reales y con la tolerancia de las Autoridades de las Colonias, los encomenderos exigían de los Indios que tenían en Encomienda (3) servicios en vez de tributos,

(1) Agia, *Tratado y consulta sobre el servicio personal de los indios*, Lima, 1604, pág. 22.

(2) Capitan y Lorin, *Le travail en Amérique avant et après Colomb*, Paris, 1914.

(3) A los pobladores y personas principales que pasaban a las Indias se les solía conceder un número de indios para que velasen por ellos

Digitized by Google

dando lugar a las Encomiendas de servicio, pero en ningún caso a la Institución del Servicio Personal, objeto de nuestro estudio, como más adelante trataremos de demostrar. Otros autores sostienen que esta Institución no es otra cosa que una modalidad de la esclavitud, evidente error, nacido de fijarse sólo en lo accesorio, y que se deshace con sólo tener presente las diferencias que la separan de tan odiosa Institución, principalmente en lo distinto de sus objetos, pues mientras en la esclavitud no era otro que el bien del dueño, del particular, en el Servicio personal es el bien público, lo que excluye toda semejanza.

Pero antes de entrar de lleno en el estudio del Servicio Personal y de las disposiciones legales que lo reglamentaban, examinaremos sucintamente las diversas organizaciones político-sociales que existían o habían existido en aquellos territorios cuando fueron descubiertos por nuestros navegantes, siendo de notar las esenciales diferencias que separan los regímenes políticosociales de los diversos pueblos que habitaban aquellos territorios; diferencia nacida, sin duda, de su distinto grado de civilización. Así, mientras los naturales de la Isla "Guanahaní", en que Colón hizo su primer desembarco en el Nuevo Mundo y que nombró San Salvador, poseían una organización social muy rudimentaria, no existiendo, a nuestro entender, Institución parecida a la que nos ocupa, en otros territorios, en que años más tarde alcanzó la dominación española, como México y el Perú, tenían una organización social bastante perfeccionada, con Instituciones que, por sus grandes semejanzas con el Servicio Personal, pueden considerarse como sus más autorizados precedentes, lo que nos obliga a estudiar con mayor detenimiento la organización del trabajo en los antiguos imperios de México y el Perú, sin que por ello dejemos de echar una rápida ojeada a las organizaciones políticosociales de los demás territorios a que alcanzó la obra colonizadora de España.

En las Islas Lucayas (en la actualidad Bahamas), al ser descubiertas por Colón, los pueblos que en ellas moraban estaban or-

---

a cambio de determinados tributos; naciendo las encomiendas y recibiendo el nombre de Encomendero el que la obtenía, y Encomendados, los naturales designados.

Digitized by Google

ganizados en diversos regímenes comunistas, iguales en sus caracteres esenciales y con algunas diferencias de escasa importancia. Las tribus que componían esos pueblos tenían vida autónoma, con escasas relaciones pacíficas entre ellas, siendo más frecuentes las bélicas, originándose guerras por fútiles motivos. Cada tribu tenía su rey o cacique principal, investido de la máxima autoridad sobre todos sus súbditos, especialmente en todo lo concerniente al trabajo: designaba los que tenían que ocuparse en las sementeras, en la caza y en la pesca, todos los cuales, una vez terminado el trabajo encomendado, debían entregarle todos los productos obtenidos, para que él los repartiera entre sus súbditos según su prudente arbitrio. El rey o cacique principal disponía de las actividades de todos sus vasallos, no quedando nada al libre albendrío de éstos (1). Eran unas organizaciones parecidas a las del Imperio de los Incas, pero sin carácter teocrático y con menor grado de civilización. En estos regímenes sociales encontramos instituciones que por las pequeñas semejanzas que tienen con el Servicio Personal se las puede considerar como de los más remotos precedentes conocidos en América, hasta el momento presente, de la Institución que estudiamos.

En La Florida, en la época del descubrimiento, los pueblos que en ella habitaban podían dividirse, atendiendo a sus organizaciones políticosociales, en dos grandes grupos: uno formado por los pueblos y tribus que vivían en forma nómada, agrupados bien por familias o en comunidades, cuyo único nexo era el común dialecto; sin Señor en la mayoría de los casos, y sólo en pocos sujetos a la débil autoridad del más anciano; alimentándose de los productos de la caza, de la pesca y de las frutas que la naturaleza producía espontáneamente, a cuyos trabajos eran dedicadas las mujeres y una clase de hombres que Las Casas (2) denomina "mariones impotentes" (afeminados); mientras que los hombres tenían por única ocupación la guerra y su legítima consecuencia, el pilla-

(1) Las Casas, *Apologética Historia de las Indias*, capítulo CCV, págs. 538-39.

(2) Las Casas, *Apologética Historia de las Indias*, capítulo CCVI, pág. 542.

Digitized by Google

je (1). El otro grupo lo formaban pueblos que tenían sus señores y una organización social más adelantada; realizaban algunos trabajos para la comunidad, entre ellos el aprovisionamiento de leña, que se hacía en el verano con objeto de combatir el frío en el invierno (2), las sementeras y otras faenas semejantes. No son suficientes los datos con que contamos para poder fijar los trabajos que se hacían para la colectividad y cuáles para el individuo; pero sí suficientes para sostener que la coexistencia dentro de las organizaciones sociales de los pueblos de este segundo grupo de trabajos colectivos y trabajos individuales, que responden a las distintas necesidades de la sociedad y del individuo, en cuya diferenciación radica, a nuestro entender, el fundamento del Servicio Personal, y es por tanto en estos pueblos donde primero encontramos un legítimo precedente de la Institución que estudiamos.

En los territorios de Nueva Granada, hoy República de Colombia, al ser descubiertos por los españoles se encontraban establecidos diversos pueblos, siendo de ellos el de mayor cultura e importancia el "Chibcho", que poblaba lo que hoy son las planicies de Bogotá y de Tunja; los valles de Fusagasyga, de Pancho, de Caqueza y de Tentza; todo el territorio de los Cantones de Ubaté, Chiquinquirá, Moniquira de Leyva, y por Santa Rosa y Sogamoso hasta lo más alto de la cordillera (3). Lindaban los Chibchos con los "Mousas" (Moscas, según nuestros cronistas (4), "Colinas" y "Panches" tribus guerreras y con los "Laches", "Agataes" y "Guanes" de menor cultura, sobre todos los cuales dejaba sentir su influencia la nación chibcha. Los "chibchos" tenían una organización política bastante perfeccionada en comparación con los demás pueblos de Nueva Granada; obedecían a tres jefes principales, que denominaban: Zipa, Zaque e

(1) Idem.

(2) Las Casas, *Apologética Historia de las Indias*, capítulo CCVII, págs. 546-47.

(3) Acosta (Joaquín), *Compendio histórico del descubrimiento y colonización de Nueva Granada en el siglo xvi*, París, 1848, capítulo XI, pág. 191.

(4) Herrera (Antonio de), *Historia general de los hechos de los castellanos en las islas y tierra firme del Mar Océano*. Segunda edición, Madrid, 1729.

Digitized by Google

Iraca, cada uno de los cuales había mandado en una parte del territorio perteneciente a la nación chibcha; si bien en el tiempo del descubrimiento había logrado dominar el Zipa, que ejercía su poder sobre todos los chibchos. El Gobierno del Zipa era en extremo tiránico: sólo él podía ser transportado en andas por sus súbditos, y en muy raros casos concedía este honor, por excepcionales servicios prestados en alguna guerra, a un usaque (1). Estaba estrechamente regulada la manera de vestir de los chibchos y las joyas que podían usar, necesitando licencia para llevarlas en la nariz y orejas, así como para usar mantas de lana blanca con líneas negras y rojas y para comer carne de venado, estando exceptuados de esta última prohibición los usaques. Los chibchos cultivaban la patata, el maíz y la quinnoa, y en los valles cálidos la yuca; una parte de los productos obtenidos en los trabajos agrícolas tenía que ser entregada al Zipa, y era guardada en departamentos especiales de sus palacios, destinados a este objeto. Las mujeres fabricaban mantas de algodón, de las cuales también tenían que entregar cierto número al Zipa. Había buenos artífices de oro que construían figuras, aros y monedas con el oro en polvo que se traía de las orillas del Magdalena o de la extremidad septentrional de la provincia de Guane (hoy Girón); todos estos objetos tenían que entregarse al Zipa, que los repartía entre los que le habían prestado algún servicio (2).

De los otros pueblos que encontraron los españoles en los territorios de Nueva Granada, los "Musos" (moscas) eran de menor cultura y civilización que los chibchos, y su organización política muy rudimentaria; de condición eminentemente guerrera, no tenían señor y sólo en la guerra obedecían al más valiente y siempre atendían al consejo de los ancianos; se alimentaban con maíz, frisoles, yucas, batatas y papas. Los "Colimas", cuyo verda-

(1) Cacique secundario de la nación Chibcha, o de tribus vazallas o mediatizadas por ella.

(2) Herrera, *Historia general de los hechos de los castellanos en las islas y tierra firme del Mar Occéano*, segunda edición, Madrid, 1729; Las Casas, *Historia de las Indias*, Madrid, 1875; Acosta (José); *Historia Natural y Moral de las Indias*, Madrid, 1792; Acosta (Joaquín), *Compendio histórico del descubrimiento y colonización de Nueva Granada en el siglo XVI*, París, 1848, capítulo XI; págs. 200-6.

Digitized by Google

dero nombre era "Tepaces", pero que eran denominados "Colinas" por los "Chibchos" por su carácter cruel y sanguinario, confinaban con los "Musos", habitando en las tierras que hoy comprende el Cantón de la Palma; tenían una organización política muy parecida a la de los "Musos". Los "Laches", "Agataes" y "Guantes" eran menos guerreros, pero su cultura y civilización diferían escasamente de la de los "Musos" y "Colinas", y su organización política era muy semejante a la de los "Musos" (1). De ninguno de estos pueblos tenemos datos suficientes para estudiar sus instituciones políticosociales y determinar si entre ellas existían precedentes del Servicio Personal, pasando a examinar con mayor detención las instituciones políticosociales y los regímenes de trabajo en los antiguos Imperios de Méjico y el Perú.

En tiempos muy anteriores al descubrimiento, los pobladores de los territorios que nuestros conquistadores llamaron Nueva España fueron hombres que tenían una organización social muy rudimentaria, que presenta grandes semejanzas con la de algunos pueblos de La Florida, que anteriormente estudiamos. Estos antiguos habitantes de Nueva España sólo se mantenían de la caza, siendo conocidos y denominados en las antiguas crónicas con el nombre de "Chichimecas"; a la caza se dedicaban tanto los hombres como las mujeres. No tenían señor ni jefe. Lo mismo ocurría a otra clase de indios llamados "Otomies"; si bien éstos vivían en poblados y sometidos a un rudimentario régimen social (2). Las tierras fértiles, que no fueron ocupadas por los dos pueblos citados, sufrieron la invasión, en diversas épocas, de los "Navatlaca", nombre que, según Acosta (3), quiere decir "gente que habla claro", "gente que se explica"; procedían del Norte, de la región que más adelante denominamos Nuevo México, y pertenecían a siete linajes, de los cuales el séptimo, que invadió aquellas tierras trescientos años después que los otros seis, era dirigido por un caudillo llamado "Mexi", por lo que recibieron el nombre

(1) Herrera, obra citada. Acosta (Joaquín), obra citada, capítulo XVIII, pág. 342.

(2) Acosta (José), *Historia Natural y Moral de las Indias*, Madrid, 1792, lib. VII, cap. II, págs. 148-49.

(3) Idem, lib. VII, pág. 150.

Digitized by Google

de Mexicanos los pertenecientes a ese linaje, los cuales lograron apoderarse de gran número de tierras y dominar a los otros pueblos, y fundaron una ciudad a la que dieron el nombre de su Jefe. Al principio los Mexicanos no elegían su rey, sino que delegaban en una de las naciones vecinas. Poco sabemos de su organización social y de sus instituciones, y respecto a la propiedad de las tierras las primeras disposiciones que tenemos noticia fueron dadas por Izcoatal, rey de los Mexicanos, que repartió las obtenidas en las guerras en tres partes: una para él, otra para propiedad comunal de los barrios de la ciudad de México y la tercera entre los súbditos que se habían distinguido en aquellas guerras (1). Este mismo rey obligó a los "Suchimilcas" a que construyeran una calzada desde la ciudad de México a la capital de "Suchimilca" (2). Al empezar la dinastía de los Moctezumas, los Mexicanos dominaban todas las tierras y pueblos existentes alrededor de la laguna en que está enclavada la ciudad de México (3). Moctezuma I fundó el Imperio Mexicano y lo organizó (4). Moctezuma II, último emperador independiente, reorganizó el servicio de su casa y persona, dejando sólo a su personal servicio la gente noble y prohibiendo bajo severas penas a los plebeyos incluso el mirarle a la cara; los señores le servían y eran los encargados de transportarle a hombros o en andas (5). Con estos ligeros antecedentes pasamos a estudiar la organización social del Imperio Mexicano al ser descubierto y conquistado por los españoles.

En el antiguo México desde tiempos muy antiguos existía entre los aztecas el trabajo obligatorio de los campos; a más de esto había una clase de hombres que han sido llamados por los autores españoles esclavos, los nombrados "Tlacotli", plural "Tlatlacotin", cuya situación jurídica era muy distinta de la de los esclavos de la antigüedad y de los siervos de la Edad Media. Primitivamente, el "Tlacotli" era un hombre colocado fuera del

(1) Acosta (José), *Historia Natural y Moral de las Indias*, Madrid, 1792, lib. VII, cap. XIII, pág. 181 del tomo II.

(2) Idem, lib. VII, cap. XIII, pág. 185 del tomo II.

(3) Idem, lib. VII, cap. XV, pág. 186 del tomo II.

(4) Idem, lib. VII, cap. XVI, págs. 188-89 del tomo II.

(5) Idem, lib. VII, cap. XXI, págs. 200-2 del tomo II.

Digitized by Google

clan, sea por castigo judicial o por otras razones de orden social, no pudiendo dejar de cultivar la parte de territorio a él atribuída ni cambiar de domicilio sin autorización.

El "Tlacotli", privado de todos los derechos a la posesión de las tierras y desposeído de todos los políticos y sociales, incluso el de ser soldado, no podía subsistir, y tenía que alquilar sus servicios, mediante la manutención y el alojamiento, a un hombre en el pleno goce de todos sus derechos, que por tan poco gasto obtenía un gran beneficio; pero si el "Tlacotli" ponía su trabajo en prenda, no comprometía su persona, y podía mediante ciertas condiciones volver a entrar en el clan. Si se casaba, recibía la mujer de su clan una porción de terreno cultivable; ella, no solamente era libre, sino capaz de llenar todos los actos civiles que su condición requería. Los hijos del "Tlacotli" eran libres, y se les proveía a ellos también, por el clan de su madre, de los terrenos que les correspondían de derecho. La situación del pretendido esclavo no era tan dura como parece a primera vista, existiendo una gran diferencia con los esclavos y siervos de la antigüedad clásica y de la Edad Media. Tampoco se les puede comparar a nuestros obreros, pues el "Tlacotli" no era ciudadano; diferencia grande que también le separa de los naturales de las Colonias españolas, que son ciudadanos por haberlo declarado así, expresamente, en diversas cédulas nuestros Reyes.

A cambio de esta esencial diferencia, nótanse grandes afinidades que muestran claramente que la Institución de los "Tlatlacotin" fué un antecedente del Servicio Personal que sirvió de guía a nuestros colonizadores cuando establecieron la Institución que nos ocupa. Así, los "Tlatlacotin" eran los encargados de la construcción y conservación de las calzadas, que tanto llamaron la atención de los descubridores del Reino Mexicano; igualmente, por carencia de animales de carga y por la ignorancia que aquellas sociedades primitivas tenían de la rueda, todos los transportes se hacían en el antiguo México a hombros de los "Tlatlacotin", continuando, aunque en progresión descendente, después del descubrimiento y conquista como uno de los trabajos sujetos al Servicio Personal de los naturales. Otro de los trabajos a que eran dedicados los "Tlatlacotin" era la extracción y beneficio de los metales, siguiendo después de la conquista como uno de los que

Digitized by Google

tenían que prestar los sujetos al Servicio Personal (1). Como se ve, las afinidades eran muchas y de gran relieve; pero se acentúan más en el antiguo Imperio del Perú, cuya organización político-social pasamos a estudiar.

En tiempos muy remotos los habitantes de los territorios que más tarde formaron el Imperio del Perú estaban divididos en gran número de pueblos que eran gobernados por reyes, cuya jurisdicción y poderío no excedía de las fronteras de sus pueblos. Cada señor tenía sus normas de gobierno (2). En todos estos pueblos los súbditos construían a su rey los palacios y le hacían las sementeras y los caminos, canales y demás obras públicas, siendo alimentados mientras se dedicaban a estas faenas por el señor con los productos que tenía almacenados, procedentes del trabajo de sus súbditos (3). En casi todos los pueblos los varones se dedicaban a las faenas del campo, caza y pesca, y las mujeres a hilar, tejer y hacer las ropas necesarias para sus familias; en algunos pueblos de la Sierra existía la costumbre contraria, pues las mujeres empleaban su actividad en los trabajos agrícolas y los varones en hilar y tejer (4). Estos son los datos que tenemos de la época anterior a los Incas.

La organización político-social del antiguo Imperio del Perú ha sido juzgada de muy diversa manera. Matienzo dice (5): "Los naturales de aquel Reyno tienen gran contento de estar sujetos a Su Majestad, libertados de la servidumbre del demonio y de la del Inca." Un escritor del pasado siglo, Pedro Alejandrino del

---

(1) Herrera, *Historia general de los hechos de los castellanos en las Islas y tierra firme del Mar Occéano*, segunda edición, Madrid, 1729; Las Casas, *Historia de las Indias*, Madrid, 1875; Acosta (José), *Historia Natural y Moral de las Indias*, Madrid, 1792; Capitan y Lorin, *Le travail en Amérique avant et aprés Colomb*, París, 1914, México antiguo.

(2) Las Casas, *De las antiguas gentes del Perú*, Madrid, 1892, capítulo XIV, págs. 107-8; Freundt, *El trabajo en el Perú antiguo*, revista de la Universidad, Lima, julio 1914.

(3) Las Casas, *De las antiguas gentes del Perú*, Madrid, 1892, capítulo XV, pág. 113.

(4) Idem, cap. XV, pág. 116.

(5) Matienzo, *Gobierno del Perú*, Buenos Aires, 1910, cap. III; pág. 14.

Digitized by Google

Solar (1), sostiene que Manco-Capac, al organizar el Imperio Inca como estaba cuando fué descubierto por los españoles, estableció la "Monarquía despótica absoluta". Y un autor contemporáneo, Alberto Freundt Rosell, afirma en contrario: "que el Gobierno de los Incas era justo y paternal" (2). A nuestro juicio, la tiranía de los antiguos soberanos del Perú, de acuerdo con Solar y en contra de la opinión de Freundt, mataba todo germen de libertad individual. "Los españoles —como dice Capitan (3)— encontraron un sistema que aun a sus ojos presentaba el aspecto de una odiosa tiranía; el régimen no era tal como lo describían los conquistadores, que creyeron ver un régimen feudal, siendo un comunismo teocrático" (4). A pesar de esta distinción de forma hecha por Capitan, el resultado era que la libertad individual estaba completamente anulada en aquel Imperio; que al primer golpe de vista daba la sensación de una sociedad totalmente esclavizada en beneficio de una pequeña minoría, en que no podía el peruano elegir la clase de trabajo a que había de dedicar su actividad. Cada padre de familia recibía para el sostenimiento de los suyos un lote de tierras y cierta cantidad de bienes fungibles; el resto de las tierras estaba dividido en dos partes: una atribuída al Sol, otra al Inca; las gentes del pueblo debían de cultivar estos terrenos además de los suyos; todos los hombres y mujeres casados, entre las edades de veinticinco a cincuenta, debían llenar esta prestación; los niños, los ancianos e imposibilitados estaban dispensados. El trabajo comenzaba por las tierras del Sol, seguía por las particulares y terminaba en las del Inca (5). Los productos de las tierras del Sol estaban guardados en los grandes almacenes de los templos y servían para el sostenimiento de los sacerdotes (6), repar-

(1) Solar, *El Perú de los Incas*. Conferencia leída en el Ateneo de Madrid el día 11 de febrero de 1892. Centenario de Colón, pág. 9.

(2) Freundt, *El trabajo en el Perú antiguo*, Revista universitaria. Lima, julio 1914, pág. 65.

(3) Capitan y Lorin, obra citada, *Perú antiguo*, pág. 125.

(4) No hemos encontrado los autores a que alude Capitan ni los testimonios en que se funda, por no citar textos ni autores.

(5) Las Casas, *Antiguas gentes del Perú*, cap. XI, págs. 85, 86 y 87; ídem, *Apologética Historia de las Indias*, cap. CCLII.

(6) Idem, *Apologética Historia de las Indias*, cap. CXLI.

Digitized by Google

tiéndose el sobrante entre las viudas, enfermos e imposibilitados (1). Los productos de las tierras del Inca, guardados en departamentos especiales, servían para el sostenimiento de los funcionarios reales y de los soldados (2). Los graneros del Inca y del Sol debían estar siempre llenos (3). Los peruanos no podían poseer en pleno dominio más bienes que los muebles y alhajas de escaso valor y que se consideraban tan personales que eran enterradas a la muerte de su dueño en su misma sepultura.

Por tanto, todos los ciudadanos peruanos estaban sometidos al trabajo obligatorio, estando reglamentada la forma cómo había de prestarse, alcanzando su obligación, no sólo a cultivar, como anteriormente hemos dicho, las tres clases de tierras y las pertenecientes a los sujetos al servicio militar, sino que además estaban sujetos todos los ciudadanos peruanos, a excepción de los pertenecientes a la familia del Inca y a la clase sacerdotal, al servicio militar y, a semejanza del antiguo México, a la construcción de caminos, canales, puentes y fuentes (4); también tenían que trabajar en el equipo de los soldados, proporcionando el Inca las primeras materias, y, por último, era obligación de todo peruano el labrar las minas y beneficiar los metales (5), si bien algunos autores, entre ellos Max Uhle (6) y Velarde (7), sostienen que el trabajo de las minas se efectuaba de manera análoga a la labor de los campos, existiendo, por tanto, según estos escritores, minas que pertenecían al Sol, minas del Inca y de aprovechamiento común. Nada dicen de esta división los antiguos cronistas, ni citan los sostenedores de ellas las fuentes de que se valen para sus afirmaciones, no pudiendo nosotros establecer la certeza de ellas por falta de datos; únicamente sabemos sobre este extremo que

(1) Las Casas, *Antiguas...*, cap. XVIII, págs. 157-59; ídem, *Apologética...* cap. CCLII.

(2) Idem.

(3) Las Casas, *Apologética...*, cap. CCLII.

(4) Las Casas, *Apologética...*, caps. CCLIII y CCLIV.

(5) Idem, *Apologética...*, cap. CCVII.

(6) Max Uhle, *El "aillu" peruano*. Boletín de la Sociedad Geográfica de Lima, 1919, pág. 81.

(7) Carlos E. Velarde, *Historia del Derecho de Minería Hispanoamericano*, Buenos Aires, 1919, pág. 15.

Digitized by Google

existían algunas minas que habían sido designadas por el Inca para que el metal que de ellas se extrajese empleando el trabajo obligatorio fuese empleado en la ornamentación de los templos consagrados al Sol, en la de sus palacios y en la fabricación de alhajas y vajillas para la corte, no dedicándose a la acuñación de moneda por ser desconocida en aquel Reino (1). Existen dudas que impiden asegurar si aquellas numerosas minas y lavaderos de metal estaban reservados al Inca o eran de aprovechamiento común; sobre ello nada dicen los antiguos cronistas, que sólo hablan de una clase de las segundas, los auríferos, que, según números crónicas, eran de aprovechamiento común, respetándose tal costumbre por conquistadores y colonizadores y pasando a la legislación positiva de la República peruana.

En premio de todos los servicios hechos a la comunidad, el Inca concedía a sus súbditos pequeñas recompensas en extremo preciadas, tales como permitirles cada cuatro años que se dedicaran a la caza de animales dañinos, con la obligación de entregar a los funcionarios reales las piezas cobradas, por ser el Inca el único dueño de todos los animales existentes en su Imperio, si bien en la mayoría de los casos concedía a los cazadores la propiedad de las piezas cobradas.

Los pescadores y pastores estaban sujétos al mismo régimen que los labradores y mineros. Algunos podían poseer pequeños rebaños de "llamas", siendo lo general que sólo pudieran tener dos, con facultad para matar las crías o los padres, pero con obligación de mantener el número de animales que tuvieran autorizado.

La vida de los súbditos del Inca estaba regulada hasta en los menores detalles: ninguno podía abandonar su domicilio sin permiso de los funcionarios reales, y los viajes lejanos tenían que ser autorizados por el mismo Inca (2). Las leyes suntuarias, que se cumplían con gran rigor, regulaban el corte de los cabellos (3),

(1) Las Casas, *Apologética historia de las Indias*, cap. CCLVII.

(2) Las Casas, *Apologética historia de las Indias*, cap. CCLIV y siguientes, y Capitan y Lorin, obra citada. *Perú antiguo*, pág. 127.

(3) Las Casas, *De las antiguas gentes del Perú*, cap. XX, páginas 173-76.

Digitized by Google

la forma de los vestidos y la clase de tela (1); ciertas ocupaciones estaban prohibidas a los hombres del pueblo, tales como la pesca de perlas, extracción del mercurio y algunas otras. En resumen: la vida de los trabajadores peruanos estaba reglamentada hasta los menores detalles, no quedando nada a la iniciativa del individuo.

Tales fueron los regímenes políticosociales que encontraron nuestros descubridores en el Continente americano, que exigían una fundamental reforma en bien de los indios, realizada paulatinamente, para hacer posible su asimilación por el elemento indígena, de escasa cultura; como, sin duda, fué comprendido por nuestros conquistadores, que, como dice Matienzo (2), empezaron por suavizar el régimen existente, precediendo un estudio de los problemas que las tierras descubiertas planteaban, al cual aportaron su valiosa ayuda, como más adelante veremos, los principales autores españoles de la época. Estas reformas alcanzaron tanto a las instituciones políticas como a las sociales, si bien nosotros concretaremos nuestro estudio a las que se refieren al Servicio Personal.

El trabajo obligatorio que encontraron los españoles en los territorios descubiertos fué del agrado de conquistadores y colonos, tomando desde los primeros años de la Conquista carta de naturaleza en la política colonial de los funcionarios reales. Cristóbal Colón realiza en la Española repartimientos de naturales para el servicio de las casas de los españoles, guarda de ganados, labranza y trabajos públicos, atendiendo las peticiones de los que habían contribuído al descubrimiento y a las necesidades públicas de las nuevas Colonias. Bobadilla continúa esta política, repartiendo indios entre los nuevos pobladores que continuamente llegaban a la Española; así, al licenciado Ayllon, oidor de aquella Audiencia, le concedió 400 ó 500 (3). Esta política, que tenía por única norma el capricho de las autoridades superiores coloniales, ocasionó graves trastornos y numerosas protestas de los que no

(1) Las Casas. *De las antiguas gentes del Perú*, cap. XXIII, páginas 201 y sigs.

(2) Matienzo, obra citada, cap. III, pág. 14.

(3) Las Casas, *Historia de las Indias*, lib. II, cap. XL, págs. 205-7 del tomo III.

Digitized by Google

habían sido incluídos en los repartimientos, llegando algunos con sus quejas al rey Fernando en solicitud de concesión de indios, la mayoría de los cuales eran atendidos por el Monarca, que daba cédulas en que se accedía a lo pedido, pero que no eran cumplidas por las autoridades de las Colonias (1). Tanto fueron los abusos cometidos en los repartimientos que llegaron a conocimiento del Rey, que, comprendiendo las razones que aconsejaban la continuación de esa política y la necesidad de reglamentarla para evitar los abusos que se cometían, dió las Ordenanzas de 1512 (2), que a un tiempo procuraban remediar los abusos perpetrados en los anteriores repartimientos, y que los nuevos pobladores se encontraran con la posibilidad de aprovecharse del trabajo de los naturales, prohibiéndose terminantemente que se pudieran tener más de 300 indios, ya sean por merced del Rey o por cualquier título; y a los que tuvieran más del citado número ordenaba que le quitaran el sobrante para repartirlo entre los nuevos pobladores, llegando en algunos casos, como cuando incurrieran en ocultaciones, a la pérdida de los indios que tuvieran y al pago de una multa (3).

Las Ordenanzas de 1512 originaron grandes protestas de los vecinos de la Española, que llegaron hasta el Rey, dando lugar al nombramiento de una comisión formada por fray Tomás Matienzo, fray Alonso Bustillo, el licenciado Gargorio, predicador del Rey, el doctor Palacios Rubios y el obispo de Palencia don Juan Fonseca (4), que después de un minucioso estudio elevó al Rey un memorial que abarca los cinco puntos que debían servir de base a todo repartimiento, que eran: 1.°, que las mujeres casadas no sirvieran contra su voluntad y voluntariamente sólo al lado de sus maridos; 2.°, que los menores de catorce años, varones

---

(1) Las Casas. *Historia de las Indias,* lib. II, cap. XLI, pág. 209 del tomo III.

(2) Pacheco y otros. Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y colonización de las posesiones españolas de América y Occeanía, sacados en su mayor parte del Real Archivo de Indias de Sevilla. Madrid, 1864, tomo I, págs. 237 a 240.

(3) Pacheco, obra citada, tomo I, págs. 50 a 96.

(4) Las Casas, *Historia de las Indias,* lib. III, cap. XVII, págs. 440-1 del tomo III.

Digitized by Google

o hembras, no estuvieran sujetos al Servicio Personal; 3.°, que las mujeres solteras fueran excluídas de estos servicios; 4.°, que todos los sujetos al Servicio Personal fueran pagados; 5.°, que el trabajo no excediera de nueve meses al año. Los cuatro primeros fueron aceptados y promulgados como leyes en Valladolid, a 22 de julio de 1513 (1); el quinto no se admitió.

Para dar cumplimiento a las anteriores ordenanzas y cédulas de 1512 y 1513, ajustándose a lo prescrito en ellas, se realizó en el año 1514 un repartimiento general de todos los caciques, indios y naborias de casa, de la Isla Española, que terminó a primeros del siguiente año, habiéndose repartido 20.299; 13.927 del Servicio personal y 6. 227 de naborias de casa en la siguiente forma: En la Ciudad de la Concepción, 2.082 indios del Servicio Personal y 842 naborias de casa; total, 2.924 (2); en la villa de Puerto de la Plata, 267 indios del Servicio Personal y 310 naborias de casa; total, 587 (3); en la ciudad de Santo Domingo, 4.213 indios del Servicio personal y 1.770 naborias; total, 5.983 (4); en la Villa de Salvaleón de Higuey, 913 indios del Servicio Personal y 285 naborias de casa; total, 1.198 (5); en la Villa de Acua, 676 indios del Servicio Personal y 137 naborias de casa; total, 813 (6); en la Villa de Buenaventura, 1.073 indios del Servicio Personal y 450 naborias de casa; total, 1.513 (7); en la Villa de Ibonao, 719 indios del Servicio Personal y 336 naborias de casa; total, 1.055 (8); en la Villa de Puerto Real, 540 indios del Servicio Personal y 299 naborias de casa; total, 839 (9); en la Villa de Guahava, 266 indios del Servicio Personal y 271 naborias de casa; total, 477 (10); en la Villa de San Juan de la Maguana, 1.107 indios del Servicio Personal y 422 naborias de casa; total,

(1) Las Casas. *Historia de las Indias,* libr. III, cap. XVIII, página 449 del tomo III.

(2) Pacheco, obra citada, tomo I, págs. 50 a 96.

(3) Idem, íd. íd, págs. 99 a 106.

(4) Idem, íd. íd., págs. 106 a 143.

(5) Idem, íd. íd., págs. 144 a 152.

(6) Idem, íd. íd., págs. 152 a 160.

(7) Idem, íd. íd., págs. 160 a 173.

(8) Idem, íd. íd., págs. 173 a 182.

(9) Idem, íd. íd., págs. 182 a 190.

(10) Idem, íd. íd., págs. 191 a 196.

Digitized by Google

1.529 (1); en la Villa de la Vera de Paz, 502 indios del Servicio Personal y 714 naborias de casa; total, 1.276 (2); en la Villa de Salvatierra de la Cabana, 622 indios del Servicio Personal y 204 naborias de casa; total, 900 (3), y en la Villa de Nueva Yaquino, 807 indios del Servicio Personal y 232 naborias de casa; total, 1.039 (4).

Este repartimiento general originó un sinnúmero de quejas, algunas de las cuales llegaron hasta el Rey, expuestas en documento sin fecha, aunque se supone fuera escrito el año 1517, de autor desconocido, siendo lo más probable que lo fuera uno de los tres frailes jerónimos que el cardenal Jiménez de Cisneros envió a las Indias para que le informasen de su población y gobierno. En dicho memorial se recogen las quejas que por otros conductos parece fueron emitidos, sin duda ante las autoridades coloniales, y se dice al Rey que el principal fundamento que guió el repartimiento general de indios regulado en la Ordenanza de 1512 no fué llenado, dejándose incumplida dicha Ordenanza por cuanto se habían "dejado a los que estaban en Castilla, 200 y 300 indios, y aun algunos hay que tienen más de 600, y a los oficiales reales les dió 200 y 300, y aún hay oficial que tiene más de 500", terminando dicho documento suplicando al Rey que encargase del cumplimiento de dicha Ordenanza a los que la hicieron (5). Las Casas está conforme con este documento, y añade que el obispo de Palencia, Fonseca, obtuvo del Rey una concesión de 800 indios en cada una de las cuatro islas (la Española, Cuba, San Juan y Jamaica); López Cochinillos, 1.100 indios; Hernando Vega, 200, y Juan Cabrera, otros 200; todos después de las Ordenanzas de 1512 y contra lo dispuesto en ellas, lo primero por exceder algunas concesiones a los 300 permitidos; lo segundo, por residir todos en la península (6).

No sabemos el efecto que causó en España el anónimo docu-

(1) Pacheco, obra citada, tomo I, págs. 196 a 207.
(2) Idem, id. id., págs. 208 a 218.
(3) Idem, íd. íd., tomo I, págs. 247 a 253.
(4) Idem, íd. íd., tomo I, págs. 226 a 234.
(5) Idem, íd. íd., tomo I, págs. 247 a 253.
(6) Las Casas, *Historia de las Indias*, lib. III, cap. XIX, pág. 450 del tomo III.

Digitized by Google

mento, que fué, sin duda, contrarrestado por el que, en el año 1517, los Padres Priores de San Jerónimo, en la Ciudad de Santo Domingo, dirigen al Cardenal Cisneros, exponiendo la alteración que han notado en los pobladores de la mencionada Ciudad por la creencia de que se iba a dar libertad a los indios, rescatándolos de estos servicios (1); y con fecha 22 de julio del mismo año dicen al Cardenal que los indios eran bien tratados (2). Dando como resultado la continuación en aquellas Islas de la política de repartimiento para trabajos públicos y privados.

Esta política se fué extendiendo conforme se descubrían nuevos territorios, y muy especialmente en los antigos Reinos de México y el Perú, donde fué iniciada por los primeros descubridores y seguida por los virreyes, siendo los más importantes de los realizados en ellos los que hizo en el Perú el licenciado Pedro la Gasca, con dictamen favorable del arzobispo de Lima Jerónimo Loaisa; el primero comprendió 150 encomiendas y fué publicado en la ciudad de Cuzco, el 24 de agosto del año 1548; el segundo, realizado para contentar a los ofendidos en el primero, se llevó a cabo en el año 1550. El objeto de ambos fué premiar a los leales en el castigo de Pizarro. En el Paraguay empiezan con Irala los repartimientos y encomiendas (3).

Mientras en los territorios descubiertos triunfaba la política de repartimientos sin oposición alguna, en España los escritores de la época se encontraban divididos en dos sectores: uno, entre los que se encontraban el padre José Acosta, de la Compañía de Jesús; Miguel Agia, dominico de los Consejos, y el licenciado Juan Matienzo, eran decididos partidarios de los repartimientos; el otro, en que se destacaba fray Bartolomé de Las Casas y, en segundo término, fray Juan Garcés, de la Orden de Predicadores, impugnaban resueltamente el Servicio Personal; y años más tarde aparece una tercera tendencia, representada principalmente por el doctor Juan de Solórzano y Pereira, en su libro *Política Indiana*, que trataba de hermanar las dos expuestas anteriormente, doctrina favorable a la completa abolición del

(1) Pacheco, obra citada, tomo I, pág. 268.

(2) Idem, íd., tomo I, pág. 269.

(3) Doctor Manuel Domínguez, Conferencias dadas en la Universidad Asunción del Paraguay. Servicio personal.

Digitized by Google

trabajo obligatorio de los naturales; pero, esencialmente positiva, su autor no podía dejar de comprender la imposibilidad de realizarlo prontamente, procurando por el momento dulcificar la forma en que venía realizándose y evitar los abusos, hasta que fuese posible su completa extinción. Ligeramente vamos a estudiar estas teorías, empezando por los impugnadores de estos servicios.

Como anteriormente hemos dicho, el más caracterizado adversario del Servicio Personal, que con más brío lo combatió, fué fray Bartolomé de Las Casas (1), que nació en Sevilla en el año 1474, de familia noble (2). Su apellido originario era Cassaus, pero al españolizarse se convirtió en Las Casas. Estudió en la Universidad de Salamanca la licenciatura de Derecho (3), y una vez terminados los estudios embarcó para el Nuevo Continente, el 13 de febrero de 1502, en la expedición de Ovando, tercer gobernador de las Indias (4). Durante los ocho primeros años de su estancia en las posesiones españolas de América tomó parte en las guerras contra los indios, y fué decidido partidario del trabajo obligatorio de los naturales de aquellos territorios, hasta

(1) Bibliografía sobre Las Casas.—Echard, *Scriptores Ordinis Praedicatorum;* Fernández, *Historia eclesiástica;* A. Helps, *The life of Las Casas the Apostle of the Indias*, London, 1868; Gutiérrez, *Fray Bartolomé de Las Casas, su tiempo y su apostolado.* Prólogo de E. Castelar, Madrid, 1878; Fabié, *Vida y escritos de don fray Bartolomé de Las Casas, obispo de Chiapa,* Madrid, 1879; Galindo, *El padre fray Bartolomé de Las Casas: su obra y su tiempo;* Dutto, *Life of B. de Las Casas,* San Luis, 1902; Sabein, *The printed edit of the works of Las Casas,* Nueva York, 1870; Barcia, *Historiadores primitivos de Indias,* Madrid, 1749; Castellanos, *Elegías de varones ilustres de Indias,* primera parte, 1586; Pacheco y otros, *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y colonización de las posesiones españolas de América y Occeanía,* sacados, en su mayor parte, del Real Archivo de Indias de Sevilla, Madrid, 1864; Quintana, *Vida de españoles célebres.*

(2) Fabié, *Vida y escritos de don fray Bartolomé de Las Casas, obispo de Chiapa,* Madrid, 1879, tomo I, cap. I, pág. 11. y Gutiérrez; *Fray Bartolomé de Las Casas: su tiempo y su apostolado,* Madrid, 1878, cap. I, págs. 33 y 34.

(3) Fabié, obra citada, tomo I, cap. I, pág. 13; Gutiérrez, obra citada, cap. I, págs. 34 y 35.

(4) Fabié, obra citada, tomo I, cap. I, pág. 15; Gutiérrez, obra citada, cap. I, pág. 35.

Digitized by Google

que fué convertido al bando contrario por la primera expedición de Dominicos que llegó a la Isla Española, dirigida por fray Pedro de Córdoba, y empezó desde aquel momento su humanitaria cruzada contra la política de repartimientos, coincidiendo este hecho con haberse ordenado de sacerdote y celebrado la primera "Misa nueva" que se dijo en el Nuevo Mundo (1). Renunciando las Encomiendas que como premio a sus campañas le habían otorgado y regresando a España para exponer al Rey los abusos que en aquellas tierras se cometían, después de salvar una porción de obstáculos que los defensores de estos servicios le ponían para impedirle llenar su objeto, consigue Las Casas ver al cardenal Cisneros, gobernador del Reino por muerte del Rey, el cual poco tiempo después le da el título de Procurador general y Protector de los indios, nombrando, además, una Comisión, a petición de Las Casas, para que revisase las Ordenanzas de 1512, de la cual formaron parte Palacios Rubios y fray Antonio Montesino, amigos ambos de Las Casas; otra compuesta de tres padres jerónimos, Orden que hasta entonces no había tomado parte en la discusión sobre la libertad de los indios, de la que formaba parte, en calidad de informador general y consejero, el propio Las Casas, para que informase al Cardenal de todo lo relativo a la política de repartimiento que se seguía en América. Los jerónimos no quisieron aceptar la compañía de Las Casas durante el viaje, y en el Nuevo Continente se mostraron decididos partidarios del trabajo obligatorio de los naturales, por lo que Las Casas se retiró a un convento de dominicos, hasta que en el año 1517 regresa por segunda vez a España (2).

Al llegar a España Las Casas encuentra al Cardenal moribundo, por cuya razón no puede exponerle el resultado de su viaje; pero ve al rey don Carlos, el cual no le acoge con mucho entusiasmo, mandando únicamente hacer una información sobre los agravios que sufrían los indios, que es hecha por los procuradores de la Isla Española, Pánfilo Narváez y Antonio Velázquez,

(1) Fabié, obra citada, tomo I, cap. II, pág. 25; Guttérrez, obra citada, cap. I, pág. 38.

(2) Fabié, obra citada, tomo I, cap. III, págs. 48 a 62; Gutiérrez, obra citada, caps. II y III, págs. 73 a 100.

Digitized by Google

diciendo no ser ciertos dichos agravios ni vejámenes, y añadiendo "que este clérigo (Las Casas) es persona liviana, de poca autoridad e crédito, habla de lo que no sabe ni vió, por razones que ellas mismas se contradicen" (1).

No se desanima Las Casas con estos contratiempos, escribiendo una relación de su puño y letra, en que expone todos los agravios que sufren los naturales de los territorios sujetos a la colonización española, entregándosela al Rey. Tampoco consigue nada con este nuevo intento; y decidido a poner en práctica su humanitaria doctrina, con la esperanza de que tan noble estímulo había de tener gran número de imitadores, intenta enviar a las nuevas Colonias un contingente de trabajadores blancos que substituyan la mano de obra del elemento indígena, los cuales sólo habían de dedicarse al cultivo de la tierra, con la condición de pagarles el viaje y cuanto necesitasen en su primer año de colonización (2); fracasa esta intentona, influyendo en ello el desastre ocurrido a la pequeña expedición organizada por un tal Berrio (3), que, a escondidas de Las Casas, condujo al Nuevo Continente algunos colonos, a los que abandonó en aquellas tierras apenas llegaron (4). En vista de tal fracaso y firme en su empeño de llegar a soluciones prácticas, Las Casas apoya una petición de los encomenderos ante el Consejo, para que se enviaran contingentes de esclavos negros que sustituyan la mano de obra de los indígenas; pero poco después ataca duramente este proyecto por el mal resultado que había dado en las Colonias Portuguesas de América por las crueldades cometidas con los infelices esclavos y lo ineficaz de tal medida por lo elevado de precio a que eran vendidos los esclavos por la Compañía concesionaria, lo que hubiera impedido que fueran adquiridos por la mayoría de los co-

(1) Pacheco, obra citada, tomo VII, pág. 12.

(2) Fabié, obra citada, tomo I, cap. IV, págs. 77, 78 y 79.

(3) Según Gutiérrez (pág. 112 de la obra citada) amigo y confidente de Las Casas. Capitan le llama "Berri" (Capitan, obra citada, *El Mediterráneo español*, pág. 112) en contra de Fabié (pág. 80, tomo I) y Gutiérrez (pág. 112) que lo denominan Berrio.

(4) Las Casas, *Historia de las Indias*, lib. III, cap. CV, págs. 402-3, y cap. CLV, pág. 160; Fabié, obra citada, tomo I, cap. IV, págs. 80, 81 y 82; Gutiérrez, obra citada, cap. III, págs. 112 y 113.

Digitized by Google

lonos, dando todo ello como resultado que en nada se hubieran beneficiado los naturales con el envío de estos contingentes, por resultar de más costo que la mano de obra indígena. A pesar de la tenaz oposición de Las Casas, se llevó a efecto el mandar a las colonias americanas varios contingentes de esclavos negros; no lográndose con tal medida mejorar la condición de los indios ni proporcionarles ningún alivio en el trabajo.

No se arredró Las Casas por esta serie de fracasos, sino que, firme en su empeño, expuso a los Predicadores del Rey, entre los cuales había algunos dominicos, las injusticias que sufrían los indios, obligándose los Predicadores bajo solemne juramento a trabajar por la libertad de los naturales de las colonias americanas, poniendo en seguida en práctica el acuerdo, para lo cual delegaron al dominico fray Miguel de Salamanca para que en su nombre expusiera al Consejo los abusos que sufrían los indios. Atemorizado el Consejo por aquella enérgica actitud, les pide un dictamen de lo que conviene hacer, el cual fué redactado por el mismo fray Miguel, pidiendo la supresión del régimen de las encomiendas y proponiendo un sistema de penetración pacífica (1).

No espera Las Casas la resolución del Consejo, sino que, ayudado por los Predicadores del Rey (2), obtiene en cédula dada en La Coruña, a 16 de mayo de 1520 (3), una concesión de tierras en el Nuevo Continente para poner en práctica la colonización pacífica que encarecía como remedio fray Miguel. En la Capitulación se establece que debían encontrarse Las Casas y sus compañeros en el plazo de un año dentro de los territorios concedidos; en los dos siguientes tenían la obligación de pacificar todos los indios de aquellos territorios y debían dar, después de ese plazo, 10.000 allanados y seguros tributarios de la Real Corona (4); en materia religiosa se establecía la evangelización de los natu-

(1) Las Casas, *Historia de las Indias*, lib. III, cap. CXLVII y siguientes, págs. 130 y sigs.

(2) Fabié, obra citada, tomo I, cap. V, pág. 80. Gutiérrez, obra citada, cap. II, págs. 115 y 116.

(3) Pacheco, ídem, tomo I, cap. V, pág. 106; Gutiérrez, obra citada, cap. VI, pág. 138; Pacheco, obra citada, tomo VII.

(4) Pacheco, obra citada, tomo VII, págs. 66 y 67.

Digitized by Google

rales; y como cláusula general, que todas las capitulaciones contenían, se mandaba tratar bien a los naturales de los territorios cedidos. Esta Capitulación fué ampliada más tarde con mercedes concedidas a los pobladores, que pasaron de 50 (1).

No satisfizo a Las Casas la concesión hecha, dirigiéndose al Rey pidiendo la moderación de algunos Capítulos, exponiendo: "Lo primero que suplico a vuestra señoría que considere que cuando yo comencé a negociar este negocio pedí mil leguas de tierra, e dellas daría cincuenta mil ducados de renta al Rey nuestro Señor a los tres años; e a los seis daría cien mil, etc.; e a hacer diez pueblos de cristianos, etc. E después que llegó la negociación a tratarse en el Consejo de Indias, redujeron las dichas mil leguas a seiscientas (según Herrera y Quintana, 270), poco más o menos a lo que pienso, e antes creo que son menos, e en todas estas leguas que se me señalaron no hay que tenga oro; que hasta agora se sepa, sino dos provincias, que son la provincia del Zebrú e la de Santa Marta, que ambas no tienen sino cien leguas, e pienso que menos, e toda la otra tierra se tiene por ningún provecho al menos de oro. Lo segundo, que allende esto, yo pedí la pesquería de perlas que esta en Paria a que no fuesen cristianos allá, por los daños que hacen. Lo tercero que se debe considerar es, que los cristianos seglares que tengo yo que llevar e poner en esta demanda, los cuales han de ser por la mayor parte Hidalgos e caballeros e personas de merecimiento, e aun quizá todos, que si no saben que van a tierra, e con tal contratacion, pues no han de robar que puedan ganar de comer, e que los nuestros trabajadores que por servir al Rey nuestro Señor e con peligros de sus vidas que en esta empresa han de trabajar e poner, e los gastos que han de hacer de sus haciendas, no le han de ser satisfechos e remunerados e muy bien pagados; que no querrán ir allá, ni hallaré persona que se ose meter en ella." Terminando solicitando, por estas razones y por otras dos de orden religioso, que se le concediera la provincia de Zebú, que el otro límite fuera el río Dulce, y en el caso que no fueran atendidas sus demandas que se quitaran los 50.000 ducados (2).

(1) Pacheco, obra citada, tomo VII, págs. 89 a 92.
(2) Idem, íd., tomo VII, págs. 93 a 100.

Digitized by Google

No fueron oídas las demandas de Las Casas, a pesar de lo cual aceptó la concesión y se dedicó a reclutar gente, consiguiendo sólo reunir 200 personas después de grandes esfuerzos, con las que se embarcó en Sanlúcar de Barrameda (1). En la primera escala de América, San Juan de Puerto Rico, desertaron la mayor parte de los compañeros de Las Casas, no influyendo nada en el ánimo de éste, que ni un momento pensó en cejar en su empresa, reanudando su viaje con el refuerzo de soldados que obtuvo en la Isla Española, ganando Tierra Firme. Un último obstáculo le esperaba para coronar la larga serie de los sufridos: éste fué la sobreexcitación de los indígenas por las frecuentes incursiones de los piratas, siendo la causa que poco después, perdidos una parte de los colonos y desesperanzados los demás, abandonara la pequeña colonia que tantos esfuerzos le había costado y se retirase a un convento de Dominicos de la Española, donde poco después pidió el hábito, profesando en la Orden Dominica en el año 1523 (2).

En 1527 es nombrado Prior del Convento de Santo Domingo de Puerto Plata. Desempeñando dicho cargo tuvo noticias que se llevaban los Sacramentos a un español que tenía muchos indios en sus encomiendas, interponiéndose Las Casas, encerrando al Párroco en una habitación y haciendo saber al enfermo que se condenaría si no daba libertad a los indios, obteniendo dicha concesión del moribundo y consintiendo que entonces le fueran administrados los Sacramentos al enfermo.

En el año 1531 vuelve Las Casas a dirigir un extenso memorial al Consejo de Indias, pidiendo, como en todos sus escritos, "que se liberten los Indios" (3). Por este tiempo corrían rumores sobre la conducta observada en el Perú por Pizarro y Almagro con los naturales de aquel Reino. Compadecido Las Casas, se embarca para España, consiguiendo del Rey una cédula en que declara "libres y vasallos de Castilla" a los naturales del Perú.

---

(1) Fabié, obra citada, tomo I, cap. VI, pág. 107; Gutiérrez, obra citada, cap. IV, pág. 140.

(2) Fabié, obra citada, tomo I, cap. VII, pág. 124 (ver el juicio de Mr. Arthur Helps en su obra, *The life of Las Casas the Apostle of the Indias, London, 1868,* sobre este episodio de la vida de fray Bartolomé).

(3) Fabié, obra citada, tomo I, cap. VII, pág. 127.

Digitized by Google

Regresando seguidamente fray Bartolomé a la Española y de allí a México, de donde salió con los padres fray Bernardino de Minaya y fray Vicente de Santa María, para entregar a las Autoridades reales del Perú y hacer que fuese publicada la cédula dada por el Rey, siendo muy bien recibida y publicada solemnemente. En dicho territorio permaneció Las Casas hasta que fué llamado de la Española para pacificar al cacique Enriquillo (1), consiguiendo su propósito (2).

Hacia el año 1535 escribió su libro *Unico vocationes modo*, en el cual condena la guerra como medio de pacificación y de conversión a la fe, exponiendo como único la penetración pacífica. Grandes burlas y controversias originó el referido libro; ni las unas ni las otras amilanaron al varonil espíritu de Las Casas; más convencido que nunca del medio por él aconsejado, decide ponerlo en práctica, dirigiéndose, en el año 1540, al Rey, solicitando licencia para ir en unión de otros religiosos a pacificar ciertos indios rebeldes de las provincias de Tuzutlán y Cobán, que entonces se llamaban Tierra de Guerra por la fiereza de los naturales, que varias veces habían hecho retroceder a nuestras tropas sin haber conseguido su conquista. Conseguida la licencia en 14 de noviembre del citado año (3), juntamente con cédula de 17 de octubre del mismo, en que se prohibía la entrada de españoles en los territorios que Las Casas y sus compañeros pretendían pacificar, se dirigió a ellos en compañía del padre Luis Cáncer y el padre Pedro Angulo, enviando delante algunos indígenas, que cantaban a los caciques los principales misterios de la Religión católica, que habían sido traducidos en verso a la lengua de los naturales. La empresa dió excelente resultado, y en menos de dos años toda aquella extensa región fué cristianizada y pacíficamente sometida al Rey de España, sin que en su dominación se hubiera vertido una gota de sangre (4).

(1) Don Enrique, según Gutiérrez (obra citada, págs. 167 y 168), transcribiendo a Las Casas.

(2) Fabié, ob. cit., tomo I, cap. VIII, págs. 140 y 141; Gutiérrez, cap. V, págs. 167 y 176 (ver a Quintana, *Vida de españoles célebres*. Fray Bartolomé de Las Casas, sobre este episodio).

(3) y (4) Pacheco, obra citada, tomo VII, págs. 149 a 156; Fabié, obra citada, tomo I, cap. VII, págs. 144 a 152; Gutiérrez, obra citada, cap. VI, págs. 200 y 201.

Digitized by Google

Terminada su obra colonizadora, marcha Las Casas a España en busca de misioneros, consiguiendo al mismo tiempo del Rey la ratificación del tratado que había hecho con el gobernador Alonso de Maldonado para que en las provincias pacificadas de Tuzutlán y Cobán no entrasen en un período de cinco años, a contar desde el momento en que se terminó la colonización —hasta cuya fecha lo prohibía la cédula anteriormente citada— más españoles que los que admitiesen los padres que en ellas se encontraban (1). En estos tiempos era muy bien recibido Las Casas en el Consejo, presidido por el cardenal Loaisa, trabajando tenazmente cerca de él para que fuese reformada, conforme a sus principios, la legislación de Indias, presentando al efecto un largo memorial con los abusos que se cometían y sus remedios, que influyó poderosamente en las leyes de 1542, que más adelante estudiaremos. Publicadas, marcha Las Casas a Barcelona a dar las gracias al Rey, dándole éste al recibirle el nombramiento de Obispo de Cuzco, que no aceptó (2), siendo poco después nombrado Obispo de Chiapa y consagrado en Sevilla en 4 de julio de 1544 (3). Embarcándose en 9 de julio y llegando a Santo Domingo en 9 de septiembre de 1545. Su recibimiento lo sabemos por un curioso documento, sin fecha ni autor, en que se cuenta al Rey la entrada de fray Bartolomé de Las Casas, obispo de Chiapa, y de sus compañeros en la ciudad de Ciudad Real. Se queja el autor de que tomó posesión del Obispado contra la voluntad de los vecinos, añadiendo: "más alteración se causó entre ellos (los vecinos) al saber que en las licencias de los confesores para absolver no estaban comprendidos los repartimientos, considerados por el Obispo como pecados mortales que sólo él podía perdonar (4)." Continúa relatando el documento que, enterado Las Casas de la conducta del deán Gil Quintana, contraria a lo que él había ordenado, le manda llamar, no acudiendo, fundándose en que le quería prender, enviando entonces Las Casas un canónigo y un alguacil para que le prendieran, no pudiendo conseguirlo por haber huí-

(1) Fabié, obra citada, tomo I, cap. IX, pág. 154.
(2) Gutiérrez, obra citada, cap. X, pág. 283.
(3) Idem, íd., cap. X, pág. 284.
(4) Pacheco, obra citada, tomo VII, pág. 161.

Digitized by Google

do por lo que fué excomulgado por Las Casas (1). Siguió Las Casas esta política, en armonía con su doctrina, hasta que renunció al Obispado, retirándose al convento de donde había salido, sin que por ello dejara de ocuparse de los naturales, enviando al Rey un memorial en que le exponía los desórdenes de la administración colonial, dando como resultado que Carlos V proclamara nuevamente la libertad de los indios. En otra ocasión pide al Consejo de Indias que nombrase procurador de los indios del Perú a Diego Ocampo (2); más tarde se dirige al Rey sobre la libertad de los esclavos indios que poseían los españoles en Guatemala (3); en otro memorial, dirigido también al Rey, protesta de las pretensiones de un Procurador enviado a Guatemala sobre repartimientos y aprovechamientos de indios (4); por último, la colección de cartas que se conservan de fray Bartolomé de Las Casas dan una prueba más del celo y tesón que ponía en evitar se cometieran abusos con los naturales (5), no dejando este noble empeño hasta que ocurrió su muerte, en el año 1566 (6).

Poco tenemos que añadir respecto a la doctrina del padre Las Casas a lo dicho incidentalmente al trazar, a grandes rasgos, su biografía. Hombre de acción, con una gran base científica, atemperaba su conducta a las exigencias del momento; así, a pesar de su activa vida, pudo dedicarse a escribir obras científicas, como la *Historia general de las Indias,* si bien la que más renombre le ha dado es la titulada *De la destrucción de las Indias,* en la que expone con alguna exageración los abusos que se cometían con los naturales de las Colonias Españolas de América, y si esta exageración podía ser perdonada al autor por el noble fin que perseguía, es de lamentar que en ella se funden las más duras críticas contra la obra colonizadora de España.

Hay una nota esencial en la doctrina de Las Casas, que no han visto, o no han querido ver, sus comentadores; tal es, que fray Bartolomé afirma que los abusos que se cometían en las In-

(1) Pacheco, obra citada, tomo VII, págs. 162 a 167.
(2) Idem, íd. íd., págs. 162 a 167.
(3) Idem, íd. íd., págs. 162 a 167.
(4) Pacheco, obra citada, tomo VII, págs. 167 a 172.
(5) Idem, íd. íd., págs. 181 a 216 (años de 1545 a 1560).
(6) Fabié, obra citada, tomo I, cap. XI, pág. 234.

Digitized by Google

dias nacían de la ignorancia que de ellos había en España, por que se dirige repetidas veces al Rey, a los Consejos y a los influyentes en la Corte, mostrándoselos. Y que el supuesto de Las Casas era cierto lo atestiguan las disposiciones de los reyes, que unas veces mandaban que les informasen los oficiales reales y las autoridades coloniales, y otras enviaban comisiones con ese especial encargo, dando al mismo tiempo cédulas en que se declaraba la libertad de los indios y se castigaban duramente los abusos que con ellos se cometían.

Otro de los más entusiastas impugnadores del Servicio Personal y también de gran relieve, si bien su obra es de menos trascendencia que la de Las Casas, es fray Juan Garcés, de la Orden de Predicadores, obispo de Tlascala. Fundamenta su doctrina en que la libertad de los indios, declarada en multitud de cédulas por nuestros Reyes, es violentada y quebrantada por estos servicios, conculcándose las leyes en que se ordenaba que se tratase a los naturales como a los españoles, y respecto al principal argumento que alegan los defensores, cual es el bien público, afecta más especialmente a los españoles que a los naturales por las escasas necesidades de éstos (1). Tal es, en términos generales, la doctrina del padre Garcés, llegando en su humanitaria campaña a dirigirse al Papa Paulo III, en el año 1536, pidiéndole que declarase la libertad de los naturales de las colonias españolas de América, como lo hizo por Breve de 1537 (2).

Con esto hemos expuesto brevemente, como exige la índole de este trabajo, las doctrinas de los dos principales impugnadores del Servicio Personal, estando los demás contrarios a este servicio, influenciados por Las Casas, especialmente, y, en menor grado, por fray Juan Garcés, y en todos predomina el aspecto religioso sobre el social, resultado del carácter de la época. Pasando a estudiar las teorías de los defensores del trabajo obligatorio de los indios.

Uno de los principales sostenedores del Servicio Personal de los indios fué el licenciado Juan Matienzo, que vivió en el si-

(1) Dávila, *Historia mexicana*, cap. XLII del lib. III, y Solórzano, *Política indiana*, lib. II, cap. I, pág. 35.

(2) Solórzano, obra citada, lib. II, cap. I, pág. 35.

Digitized by Google

glo XVI, siendo muchos años Relator de la Audiencia de Valladolid, hasta que en 1560 pasó a América de Oidor de la Audiencia de Charcas. Desempeñando dicho cargo, escribió su obra *El Gobierno del Perú,* que no alcanzó a publicar; escribió otras obras sobre Derecho, que le dieron gran reputación entre los jurisconsultos. En el año 1559 publicó su *Dialogum Relatoris et advocatix Pinciani Senatus,* y en 1580 apareció su *Comendataria in librun quintu Recollectionis legum Hispaniae.* El licenciado Matienzo demostró sus grandes dotes de estadista señalando con profética visión la necesidad de fundar en el Río de la Plata la ciudad de Buenos Aires (1).

Pasando a estudiar su teoría, vemos que se funda Matienzo en la condición de los indios, inclinados a la ociosidad, lo que les ocasionaba grandes daños, por entregarse a la embriaguez e idolatrías, lo que no sucedería con una buena organización del trabajo (2). Mas, a pesar de ser el más ferviente y convencido partidario de estos servicios, no defiende su implantación de una manera general y arbitraria, a semejanza de como existían en el Perú antiguo, sino con ciertas limitaciones que los humanizan, tales como la remuneración del trabajo, que no fueran llevados los naturales a pueblos de españoles distantes más de ocho o diez leguas de sus reducciones, ni a climas diferentes, castigándose duramente la infracción de cualquiera de estas condiciones (3). Y en documento dirigido al Rey, fechado en la Ciudad de la Plata a 18 de octubre de 1573, termina recomendando "que los naturales destos Reynos de cuyo sudor y trabajo he comido, sean aprovechados, asi en aumento de sus haciendas como en ser instruídos en la pulicia y religión cristiana, y el patrimonio Real sea aumentado sin perjuicio de los encomenderos y demás habitantes y moradores destos Reynos".

El padre José Acosta, de la Compañía de Jesús (4), nació en

(1) *Revista de la Universidad de Buenos Aires,* núm. 15, pág. 429.

(2) Matienzo, *Gobierno del Perú,* cap. VII, pág. 17.

(3) Matienzo, obra citada, cap. VII, pág. 17.

(4) *Bibliografía sobre Acosta.*—Beristain, *Diccionario de escritores religiosos de la América septentrional,* Méjico, 1821; Soinmergogel, *Biblioteca de escritores de la Compañía de Jesús,* Bruselas, 1818; Menéndez y Pelayo, *La Ciencia española,* Madrid, 1887; Brunet, *Manuel*

Digitized by Google

Medina hacia el año 1539. Fué segundo Provincial de la Orden en el Perú y a su regreso a España Prepósito de la Casa profesa de Valladolid; Visitador de Aragón y Andalucía, y, por último, Rector en Salamanca, donde murió el día 15 de febrero de 1600. Escribió, entre otras obras, *La Historia Natural y Moral de las Indias* (1), *El Compendio histórico del descubrimiento y colonización de Nueva Granada en el siglo xvi* y un tratado en latín titulado *De Procuranda Indorun Salute*. En la última obra citada expone su opinión sobre el Servicio Personal de los Indios.

Menos concretos son los datos que de Miguel Agia tenemos. Sólo sabemos que fué dominico, y que en el año 1563 pasó a las Misiones de Nueva España, donde ocupó la cátedra de Teología, escribiendo durante su permanencia en el Nuevo Continente su *Tratado y consulta sobre el Servicio Personal de los Indios,* en que expone su pensamiento sobre el trabajo obligatorio de los naturales.

Matienzo, Acosta y Agia son los principales sostenedores del Servicio Personal; sus teorías difieren poco; únicamente se nota en los dos últimos más acentuado el aspecto religioso de la cuestión, que en Matienzo pasa a segundo término frente al interés de la Hacienda Real y de la utilidad de plobadores y encomenderos de las Colonias.

Ni las teorías de los impugnadores del Servicio Personal de los Indios, por utópicas, dado el medio social en que se desenvolvían, ni las de los defensores, por demasiado materialistas, podían satisfacer las exigencias de los tiempos, naciendo de este antagonismo, años más tarde (2), una tercera teoría, que trata de

---

du libraire, París 1876; Enrique Vedía, *Historiadores primitivos de* Indias, Madrid, 1835; Andrés González Barcia, *Historiadores primitivos de América,* Madrid, 1749; Pizarro y Orellana, *Varones ilustres del Nuevo Mundo,* Madrid, 1636; *Monumenta historica Societatis Iesu,* Madrid, 1898; Solórzano y Pereira, *Política indiana,* Amberes, MDCCIII.

(1) Fué publicada por primera vez en Sevilla en 1590; después en Barcelona, 1591; Madrid, 1608 y 1792. Traducida al francés y al alemán en el año 1598 con 20 mapas grabados. Bry incluye el texto latino, sin nombrar su autor, en su Colección de grandes viajes.

(2) Solórzano escribe su obra *Política indiana,* a principios del si-

Digitized by Google

ajustar los adelantos de los tiempos a las imperiosas exigencias de la realidad, siendo su principal representante Solórzano.

El doctor don Juan de Solórzano y Pereira, Caballero de la Orden de Santiago, Consejero del Rey en los Supremos de Castilla e Indias, no podía menos de comprender la necesidad de atemperar las exageraciones de los teóricos al régimen social existente, y persuadido que no podían continuar los servicios personales de los indios tal como estaban establecidos, y que, por otra parte, la serie de intereses creados y la dificultad de reclutar mano de obra, bien fuera servil negra o libre blanca, en los territorios sujetos a la colonización española, si se ponían en ejecución las doctrinas de Las Casas y de los demás defensores de la completa libertad de los naturales de aquellas tierras, haría improductivos tan ricos territorios, con grave daño para la economía nacional; trata de remediar este mal en su obra *La Política indiana,* con una nueva reglamentación del trabajo de los indios, que debía subsistir hasta que las condiciones sociales permitieran la completa anulación de los trabajos obligatorios de los naturales de las colonias españolas de América. Las condiciones que en dicho reglamento ponía Solórzano como indispensables para la continuación del Servicio Personal, eran las siguientes: 1.ª Que los que se dediquen a estos servicios se muden cada año, mes o semana, según la clase de ellos. 2.ª Que el trabajo a que se dediquen los sujetos a estos servicios sea en las obras necesarias y útiles para el Reino, y sólo en las ordinarias, sin fatigarlos ni atarearlos en demasía, únicamente en las horas señaladas y dejando las que convengan a su descanso y reparo. Siendo por ello contrario al trabajo nocturno. manifestándolo así cuando fué Gobernador y Visitador de las minas de azogue de Huanacavélica, donde se encontraba establecido; 3.ª Que por dedicarse a aprovechamientos ajenos, no descuiden los propios, dándoles tiempo para acudir a sus necesidades y a las de sus mujeres, hijos y a las de los pueblos o reducciones a que estén agregados; 4.ª Que no sean dedicados a estos servicios, por el mal que en contrario se derivaría, los menores de diez y ocho y los mayores de cin-

---

glo XVI y en el año 46 del mismo obtiene las licencias para su publicación.

Digitized by Google

cuenta y cinco años de edad, las mujeres por debilidad del sexo y los enfermos por falta de condiciones y facultades, mientras dura la anormalidad; 5.ª Que no sean llevados por razones de estos servicios muy lejos de sus pueblos y reducciones ni a lugares de temple distinto, salvo el caso de urgente y pública necesidad. La determinación de la distancia debe hacerse por la ley, excepto los casos que se dejen al arbitrio judicial por el mejor conocimiento de la especialidad de ciertos trabajos y las distintas circunstancias que influyen en la justicia de algunas de estas demarcaciones (1). 6.ª Que a los indios se les pague sus servicios con salarios y jornales proporcionados a la costumbre de las provincias y clase de trabajo a que se dedican (2). 7.ª Que los indios del Servicio Personal encuentren en las minas o lugares donde trabajen los alimentos necesarios para su mantenimiento y las cosas precisas para su vida por precios justos, cuidando las autoridades que no se abuse ni explote al indio, pues en caso contrario sería ineficaz la anterior condición. 8.ª Que no se permita que los particulares ocupen a los indios que se les repartiese para servicios de utilidad pública y comunes del reino en otros de su solo provecho o en servicios domésticos, ni les pidan ni lleven no teniendo heredades o ganados propios en que ocuparlos. 9.ª La última condición que propone Solórzano es hija del espíritu eminentemente religioso de aquella época, que convertía al Papa en el árbitro de aquel tiempo, concediendo territorios, marcando límites a la actividad de los conquistadores de los diferentes países y solucionando conflictos; por ello no es de extrañar que Solórzano, tan imbuído en las ideas de su tiempo, no dejara de poner condición a los Servicios Personales como que no estorbasen el principal fin que guió las carabelas de Colón en virtud de la concesión papal de las tierras que se descubrieran para los Reyes de Castilla, con la obligación de dedicarse a la conversión

(1) y (2) Con estas condiciones están de acuerdo Agia (*Tratado y consulta sobre el servicio personal de los indios*, Lima, 1604; tercer parecer, págs. 56 a 66) y Matienzo (obra citada, cap. 5.°, pág. 15) y respecto a la remuneración del trabajo de los sujetos a estos servicios dice el padre Acosta: "que no piensen los que se sirven dellos, que cumplen con darles un vestido viejo, o una pobre comida; porque si los jornales están tasados y concertados todo lo que de ellos se les quita es ma-

Digitized by Google

de los naturales de ellas a la fe católica, la cual es para Solórzano una de las primeras, si no es la primera, de las condiciones que considera precisas para la subsistencia del Servicio Personal (1).

Esta es, en resumen, la doctrina de Solórzano, que, a pesar de los grandes defectos que para nosotros que vivimos en el siglo XX tiene, en la época de su autor era un evidente adelanto que hacía muy difícil su completa implantación, como noblemente lo dice al terminar su exposición (2), aconsejando al Rey que restrinja en todo lo posible tan injustos servicios hasta llegar a su completa extinción, que es el bello ideal de Solórzano.

No lograron los duros ataques de los impugnadores del Servicio Personal y, en especial, de Las Casas, contener la política de repartimiento; así el último por nosotros citado (3) coincide con la fecha en que fray Bartolomé renuncia el Obispado de Chiapa, y es posterior al memorial que dirigió al Rey cuando éste se decidía a modificar el estatuto de los indios. No se crea por ello que nada influyeron las diversas tendencias que se manifestaban en España, y especialmente la de los impugnadores del Servicio Personal, pues prueba de esa influencia no son sólo las disposiciones citadas sobre la libertad de los indios, sino las vicisitudes por que pasó nuestra legislación de Indias con respecto a estos servicios, que pasamos a estudiar.

Los mismos españoles a quienes se habían encomendado los indios en los repartimientos antes citados, descubrieron bien pronto el fondo de ambición que a la mayoría guiaba. Los penosos trabajos con que se fatigaba a los encomendados trajo como consecuencia la protesta de los defensores de la completa libertad de los naturales, acudiendo al Rey para el remedio de tales abusos. Convencido éste por las razones aportadas y movido por

---

nifiesta rapiña; y si no lo están se deben pagar correspondientes a lo que sirven; y que en esta parte pecan mucho los Corregidores, Doctrineros y Encomenderos, tomando por pretexto que ellos les sirven de buena gana; porque ninguna cosa laboriosa les pueden ni deben mandar que quede sin pagar." (*De procuranda Indorum Salute*, y Solórzano, *Política indiana*, lib. II, cap. VII, pág. 53).

(1) y (2) Solórzano, obra citada, lib. II, cap. VII, págs. 54 y 55.

(3) Págs. 247 y sigs.

Digitized by Google

el gran amor que tenía a los naturales, y muy especialmente en todo lo que se refería a su libertad, despacha una cédula en el año 1518 a Diego Velázquez, y otra, en 1523, a Hernán Cortés, en las que se dice: "que haviendose mandado platicar sobre ello a los del Consejo, y a Teólogos y Religiosos y Personas de muchas letras y de buena y Santa vida, pareció que Nos con buenas conciencias (pues Dios nuestro Señor crió a los Indios libres y no sugetos) no podíamos mandarlos Encomendar ni hacer repartimientos dellos a los Christianos y así mandamos no se hagan y se quiten los hechos" (1). Estas disposiciones, como claramente se ve, no tenían otro objeto que la completa extinción del régimen de encomiendas de servicios y de algunos repartimientos que se habían hecho por los conquistadores; sin embargo, el interés creciente que estas instituciones tenían para los pobladores de los nuevos territorios, y muy especialmente para los encomenderos, no podía menos de originar que contra las Reales disposiciones se levantaran grandes protestas y un espíritu de sorda resistencia, para tratar de conseguir que no fueran cumplidas, llegando hasta el Rey con sus injustas quejas e impulsando a los gobernadores y oficiales reales para que acudieran al mismo exponiéndole los grandes daños y peligros que del fiel cumplimiento de sus cédulas provendrían.

Tales protestas. hicieron comprender al Rey que sus radicales disposiciones no podían implantarse sin ocasionar, si no todos, muchos de los daños que los gobernadores, oficiales reales y los particulares en sus exposiciones decían, obligándole para evitarlos a modificar y, especialmente, aclarar sus combatidas cédulas, estableciendo: "que los indios no se habían de dar en ellas por esclavos ni a título de personal servicio; que todo el lucro que habían de sacar de ellos los encomenderos había de consistir en que los indios repartidos a cada encomienda pagasen al encomendero aquella tasa y moderada cantidad que por vía de tributo pudiesen y debiesen pagar al Rey, quedando por ello obligados los encomenderos al buen tratamiento de los indios y a proveerles de la comida y vestido necesario, así como atender a su

(1) Solórzano, obra citada, lib. III, cap. I.

Digitized by Google

educación espiritual" (1). Esta disposición, que mantenía la doctrina de las anteriores, tampoco satisfizo a los encomenderos, si bien, al parecer, la toleraron por comprender que el Rey estaba firmemente resuelto a mantener tan justa y humanitaria teoría y a declarar con la mayor amplitud posible la libertad de los naturales, como más tarde lo probó la Cédula de 22 de febrero de 1549, que avanza un paso más al prohibir los servicios personales en la forma que se hacían (2); siguiendo tan buena doctrina Felipe II, en las cédulas de diciembre de 1563 (3) y de 24 de noviembre de 1601 (4).

No se crea que solamente atendían nuestros Reyes a la libertad de los naturales, desatendiendo la utilidad de las nuevas colonias y reglamentando el trabajo en forma contraria a las exigencias de la economía de las mismas, pues en las citadas disposiciones, y especialmente en la de 24 de noviembre de 1601 (5), se mandaba que los indios fueran llevados sin vejación de sus personas a las plazas y lugares públicos en que pudieran ser contratados por los que ellos quisieran y por tiempo determinado; esta obligación de salir a las plazas y lugares de contratación se extendía a los negros libres, mulatos y mestizos y a los españoles vagabundos, por lo que se ve el espíritu de igualdad social que la informaba.

Esta libertad de los indios de contratarse libremente estaba limitada, como no podía menos de ser, por la necesidad de atender ciertos trabajos de utilidad pública, para los cuales se habían establecido los repartimientos de indios forzosos, a falta de voluntarios. Así, Felipe II, en Real Cédula dada en Aranjuez en 26 de mayo de 1609, ordena que los repartimientos de indios de

---

(1) *Recopilación de las leyes de Indias*, lib. VI, tít. 6.°, ley XXIV. El emperador don Carlos y los Reyes de Bohemia gobernadores en Valladolid a 22 de febrero de 1540.

(2) Recopilación citada, ley 1.ª, tít. 12, lib. VI.

(3) Recopilación citada, ley 1.ª, tít. 12, lib. VI.

(4) Idem, íd., íd. Agia está conforme con nuestra opinión respecto al alcance de las cédulas de 1540, 1549, 1563 y 1601, especialmente, de la última citada (*Tratado y consulta sobre el servicio personal de los indios*, Lima, 1604; primer parecer, págs. 6, 7, 8; 9 y 10).

(5) Recopilación citada, ley I, tít. XII, lib. VI.

Digitized by Google

mita para la labor de los campos, cría de ganados y trabajo en las minas se continúe haciendo; manteniendo la prohibición para los demás servicios en que había costumbre de hacerlos (1); mas esta prohibición general, ya por ignorancia o por dolo, podía dar lugar a grandes abusos, originando multitud de cédulas en que se prohibía emplear a los indios del Servicio Personal en ciertos trabajos, tales como el cargarlos, aunque ellos voluntariamente se prestasen (2). Esta prohibición de cargar a los indios fué extendida poco después por Carlos I, que la había establecido (3), a traer a cuestas lo necesario para la provisión de los lugares "por ser el más pesado de todos los servicios personales" (4); y unos años más tarde se extendía a llevar los bastimentos a las minas, bajo pena, la primera vez, multa de 100 pesos oro, 300 la segunda, y la tercera, pérdida de todos los bienes, cuyas multas eran repartidas por igual entre el denunciador, el juez que condenaba y la Cámara Real (5).

Mas esta prohibición no podía aplicarse en todos los territorios a que alcanzaba la colonización española de una manera general por las grandes diferencias geográficas que los separaban y las dificultad insuperable en algunos territorios para sustituír este género de transporte, lo que fué comprendido por el emperador Carlos I, que ordenó en la citada Cédula de 1.° de junio de 1549 —corroborada en 14 de junio de 1579 por su sucesor Felipe II (6)—, que en los lugares que no hubiera caminos abiertos o bestias de carga se pudieran emplear los indios para el transporte de mercancías, mediante ciertas condiciones, que más adelante veremos. Este permiso fué mantenido por Felipe III, recomendando a los gobernadores, oficiales reales y demás funciona-

(1) Idem, ley 19, tít. XII, lib. VII.

(2) Idem. Carlos I, en Toledo a 4 de diciembre de 1528; y en Valladolid a 1 de junio de 1549; y en la Ordenanza del Servicio personal de 1601 y 1609 de Felipe III, ley 6.ª, tít. XII, lib. VII.

(3) Cita anterior, cédula de 4 de diciembre de 1528.

(4) Recopilación citada, ley 10, tít. 12, lib. VII; en Valladolid a 23 de septiembre de 1552.

(5) Recopilación citada, ley 8, tít. 12, lib. VI; 1 de junio de 1549 y 4 de diciembre de 1558.

(6) Recopilación citada, ley 10, tít. 12, lib. VII.

Digitized by Google

rios que pusieran especial interés en que se hicieran caminos y se proveyeran de bestias de carga para poder redimir a los indios de tan duros trabajos (1).

Otra prohibición establecida era la de condenar a los indios al servicio de los particulares (2).

Igualmente no se permitía que fueran repartidos indios de mita a ningún ministro de justicia, inquisidores ni oficiales reales (3), ni a los curas y doctrineros (4). Numerosos antecedentes se encuentran de estas disposiciones, por haber sido una constante preocupación de nuestros Reyes evitar se cometieran abusos por sus funcionarios. y muy especialmente al amparo de la acción evangelizadora, que, según vimos en otra parte (5), fué el principal móvil que guió la voluntad Real al conceder a Colón su ayuda y protección para el descubrimiento de nuevas tierras en que extender la fe católica, donde espíritus aventureros habían de ampararse en esa protección con fines personales, lo cual, llegado a conocimiento de los Reyes, constituyó su principal preocupación, tratando de evitar por todos los medios tales abusos y castigando con dureza a sus autores. Así, en 10 de agosto de 1530, se prohibe a fray Tomás Ortiz tener indios encomendados (6), siendo reiterada en carta de 25 de enero de 1531 (7). Esta misma prohibición estaba incluída en las Instrucciones de los Protectores de Indios (8).

Juntamente con estas prohibiciones generales existían otras de carácter especial, que demuestran el gran cuidado que tenían nuestros Reyes de todas las cuestiones referentes a los indígenas. Una de las principales de esta clase es la que no permitía que

(1) Recopilación citada, ley 9, tít. 12, lib. VII.

(2) Idem, Felipe III, en el cap. 27 de la Ordenanza del servicio personal de 26 de mayo de 1609; ley 6, tít. 12, lib. VI.

(3) Recopilación citada. Felipe III, Ordenanza del servicio personal de 1609, y en 3 de julio de 1627 y 22 de diciembre de 1635; ley 42, tít. 12, lib. VI.

(4) Recopilación citada. Felipe III, 17 de mayo de 1608 y 26 de junio de 1610; ley 43, tít. 12, lib. VI.

(5) Pág. 39.

(6) *Cedulario de Santa María*, págs. 96 y 97.

(7) Idem, págs. 110 y 111.

(8) Idem, págs. 239 a 242, 359 y 361.

Digitized by Google

los mestizos cargaran a los indios, que comprendía los casos permitidos a las demás personas (1), que más tarde extendió Felipe III a los negros y mulatos (2). El fundamento de esta prohibición está, a nuestro entender, en las rivalidades entre la raza mestiza y la indígena pura, que algunos autores señalan.

Otra prohibición de esta clase es la referente a los indios de Canta y Guatamanga, que no podían ser empleados en sacar nieve del cerro y transportarla a cuestas hasta el Tambo de Acaybamba, para ser remitida a la Ciudad de los Reyes (3); y la de los indios de Venezuela, que no podían ser llevados como remeros a Cumaná, la Margarita ni otra parte (4).

En el Paraguay, Tucumán y Río de la Plata se repitió especialmente la prohibición de dar indios del Servicio Personal a los curas y doctrineros (5).

Nótase en estas prohibiciones el gran influjo que ejercieron en la legislación de Indias las doctrinas de los autores de aquella época, y muy especialmente Las Casas, y, en general, todos los defensores de la libertad de los indios y sus quejas, que hicieron se limitaran estos trabajos, y sobre todo, influyeron poderosamente para que no se permitiera cargar a los indígenas, a pesar de estar este trabajo sancionado por la costumbre, como dicen algunos autores (6), por dedicar los incas a sus súbditos a transportar pesadas cargas por la carencia de otro medio de locomoción, lo que subsistió, bastante atenuado, en los primeros años de nuestra colonización, hasta que se enviaron suficiente número de caballos y bestias de carga y fueron construídos, por iniciativa Real, gran número de carreteras y puentes. Esta conducta es más digna de aplauso si se tiene en cuenta que en pleno siglo XIX, en el continente africano han recurrido a este medio de transporte las naciones más civilizadas de Europa, cuyos escritores rechazan duramente la forma cómo fué organizado el

(1) Recopilación citada, ley 14, tít. 12, lib. VI.
(2) Recopilación citada, 14 de julio de 1589; ley 14, tít. 12, lib. VI.
(3) Idem. Felipe III, 30 de marzo de 1609; ley 34, tít. 12, lib. VI.
(4) Idem. Felipe II, 6 de marzo de 1590; ley 38, tít. 12, lib. VI.
(5) Idem. Felipe III, en Madrid a 10 de octubre de 1618; ley 44, tít. 12, lib. VI.
(6) Matienzo, obra citada, cap. 10, lib. 1.°

Digitized by Google

trabajo en los territorios descubiertos por los navegantes españoles en el Continente Americano, en siglos en que el derecho de todos los pueblos admitía como legítima la odiosa institución de la esclavitud, que sirvió de modelo para establecerlo en tiempos en que la libertad individual es un dogma y la esclavitud una institución pretérita, condenada por todos y desaparecida del derecho de todos los pueblos civilizados.

Pasando a estudiar la forma cómo se hacían los repartimientos.

Los repartimientos los hacían los justicias ordinarios, según la distribución hecha por el Gobierno, o bien por comisarios nombrados expresamente para este objeto (1). Este último medio se empleó en el repartimiento general de la Isla Española de que hemos hablado en otro lugar (2), verificado en 1514 por el licenciado. Pero Ibáñez de Ibarra y Rodrigo de Alburquerque, en presencia de las autoridades ordinarias (3). Para realizar un repartimiento se necesitaba poder o cédula del Rey o Virrey, que se publicaba, primero, ante el cabildo; luego, en la plaza pública y en las calles, y en la que se señalaba día, generalmente domingo o día festivo. El día señalado se llevaba a efecto por el repartidor o repartidores, Alcalde ordinario, y un Procurador nombrado a este efecto por el Cabildo (4).

No todos los Indios estaban sujetos a estos servicios, estando exceptuados los ancianos, los niños y los enfermos (5), y más tarde fueron excluídos los hijos de familia, por el impedimento que resultaba para contraer matrimonio (6). De los que quedaban no todos eran repartidos, sino que, para que pudieran atender a sus necesidades y turnar en el trabajo, sólo se repartía una parte de ellos, formándose varios contigentes, variando su número según las necesidades de la región y la clase de labor a que habían de dedicarse. La parte que había de repartirse la se-

(1) Recopilación citada, Felipe II, en San Lorenzo a 28 de agosto de 1591; ley 20, tít. 12, lín. VI.

(2) Págs. 245 y 246.

(3) Pacheco, obra citada, tomo I, pág. 50.

(4) Pacheco, otra citada, tomo I, págs. 51 y 52.

(5) Recopilación citada, ley 28, tít. 16, lib. VI.

(6) Idem, ley 29, tít. 16, lib. VI.

Digitized by Google

ñalaba el Rey, así Felipe III marca la séptima parte para la Mita del Perú (1); y el 4 por 100, para la de Nueva España (2); y este mismo Monarca ordenó a los Virreyes y Gobernadores que le informaran cuando creyeran necesario aumentar el número marcado, suspendiendo la aplicación de la Cédula hasta que fuera resuelta la consulta, prohibiendo que sin su permiso se pudiera alterar el número de Mitayos en cada territorio bajo severas penas, tales como pérdida de oficio o beneficio y multa (3).

Cada uno de los contingentes de Indios repartidos debía servir durante una Mita que comprendía distinto tiempo según los territorios y la clase de trabajo. A principios del siglo XVII la duración de la Mita en los territorios de las Audiencias y Virreynatos de las Colonias españolas de América era la siguiente: En la Audiencia de Guatemala, cinco días por semana hasta cumplir quince o veinte, máximum que tenían que servir por año los sujetos a estos trabajos; en Nueva España, ocho días para el servicio de las ciudades y cuatro meses al año para las sementeras, pastoreo u obrages; en el Perú, cuarenta días al año, en los llanos de Truxillo y seis meses en igual tiempo y en dos períodos de tres en Lima y su territorio, para sementeras, pastoreo, obrages y trabajos públicos; Audiencia de Santa Fe de Bogotá del Reino de Nueva Granada, cuarenta días al año cualquiera que fuera la clase de trabajo; Audiencia de Quito, un mes, labranza, Chacras o pastoreo, y otra Mita de tiempo variable para las obras de la Ciudad; Minas de Potosí, cuatro meses al año; Minas de Guanacavélica, dos meses al año (4). El tiempo de duración de las Mitas solía ser alterado con frecuencia por Virreyes, Presidentes de Audiencias y Gobernadores para atender las exigencias del momento, pero requiriéndose la aprobación del Rey, que en la mayoría de los casos la otorgaba, salvo cuando implicaba un notorio abuso, pues entonces, no sólo

(1) Idem, ley 21, tít. 12, lib. VI.

(2) Idem, ley 22, tít. 12, lib. VI.

(3) Recopilación citada, ley 23, tít. 12, lib. VI; Felipe III, en Lisboa a 24 de agosto de 1619; y en Madrid a 12 de diciembre del mismo año.

(4) Agia, *Tratado y consulta sobre el servicio personal de los indios*, Lima, 1604, primer parecer, págs. 27 a 29.

Digitized by Google

dejaba sin vigencia lo acordado por la autoridad colonial, sino que castigaba duramente al funcionario culpable.

Acabado el tiempo señalado para cada Mita volvían los Indios a sus casas, sin que por ningún pretexto pudieran ser detenidos más del tiempo señalado, bajo severas penas (1). Tampoco se les podía mandar a segunda Mita, hasta que no hubieran terminado el turno de la primera (2); castigándose duramente a los caciques que alterasen el turno (3). Estas prescripciones respecto a la mudanza de los indios en el trabajo están de acuerdo con la primera condición que Solorzano ponía a estos servicios (4) y al pasar a la Recopilación de 1680 demuestran la influencia de la doctrina del citado autor en ese Cuerpo legal.

Los sujetos al Servicio Personal no podían ser llevados a tierras de clima diferente (5). Quinta condición que Solorzano exigía para la continuación del trabajo obligatorio de los Indios (6).

La manera de realizar el trabajo los repartidos estaba escrupulosamente reglamentada para evitar los abusos que se hubieran cometido, en caso contrario, con los sujetos al Servicio Personal. La duración de la jornada la mayoría de las veces era fijada por el Rey y otras delegaba en los Virreyes, Presidentes de Audiencia o Gobernadores (7), los cuales no podían marcarla a su antojo, sino sujetándose estrictamente a las Instrucciones que del Rey tenían (8).

Los días de duración de la Mita debían ser justamente pagados, estando tasados los jornales de los Indios Mitayos por los Virreyes, Presidentes de Audiencia o Gobernadores, fijándose

(1) Recopilación citada, ley 25, tít. 12, lib. VI; Felipe III, en Aranjuez a 26 de mayo de 1609.

(2) Recopilación citada, ley 27, tít. 12, lib. VI; Felipe III, en Aranjuez a 26 de mayo de 1609.

(3) Idem.

(4) Solórzano, obra citada, lib. II, cap. VII, pág. 50.

(5) Recopilación, ley 29, tít. 12, lib. VI; Felipe II, en San Lorenzo a 20 de julio de 1588.

(6) Solórzano, obra citada, lib. II, cap. VII, pág. 52.

(7) Recopilación, ley 26, tít. 12, lib. VI; Felipe III a 12 de diciembre de 1619.

(8) Idem, ley 1.ª, tít. 12, lib. VI; Felipe III.

Digitized by Google

al hacerlo en la costumbre del lugar, clase y condiciones del trabajo e instrucciones que recibían de los Reyes para estos casos (1), los cuales, en algunas ocasiones, solían disponer la subida de los jornales, como lo hizo Felipe II por Real Cédula de 20 de diciembre de 1563 (2). La obligación de pagar el trabajo de los sujetos al Servicio Personal, comprendía, no solo los días de la Mita, sino los necesarios para venir de sus pueblos y reducciones al lugar del trabajo y volver a ellos, una vez terminado; debiendo además atender la alimentación de los Mitayos durante el tiempo que duraban ambos viajes (3). La renumeración del trabajo de los Indios del Servicio Personal era la sexta condición de Solórzano (4).

Durante el tiempo de la Mita la manutención de los Indios del Servicio Personal comprendidos en ella, siempre, y el vestido en la casi totalidad de los casos, era de cuenta de los encargados de los trabajos para los que habían sido repartidos dichos Indios (5), sin que se pudiera evadir el cumplimiento de estas obligaciones bajo severas penas. Estando, además, terminantemente prohibido se cedieran los contingentes de Indios Mitayos o se emplearan en otros trabajos que aquellos para los que habían sido dados (6).

Por último, los que tenían a su cargo Indios del Servicio Personal debían de proporcionarles a precios justos todos los artículos necesarios para su vida que no tuvieran obligación de darles gratuitamente como comprendidos dentro de la remuneración del trabajo de los citados naturales (7), según dijimos en el párrafo anterior.

---

(1) Idem, ley 3.ª, tít. 12, lib. VI; Felipe II. En Monzón de Aragón a 2 de diciembre de 1563.

(2) Solórzano, obra citada, lib. II, cap. VII, pág. 53.

(3) Recopilación, ley 3.ª, tít. 12, lib. VI; Felipe II en Monzón de Aragón a 2 de diciembre de 1563.

(4) Solórzano, obra citada, lib. II, cap. VII, pág. 23.

(5) Recopilación, ley I, tít. XII, lib. VI.

(6) Idem, ley 30, tít. 12, lib. VI; Felipe III, en Aranjuez a 26 de mayo de 1609.

(7) Real cédula de 1.º de marzo de 1571. *Diccionario de la Legislación de indios*, y Felipe III en las *Ordenanzas del servicio personal* de 1601 y 1609.

Digitized by Google

No se contentaron nuestros Reyes con dejar bien marcadas las obligaciones de los que empleaban Indios del Servicio Personal en los trabajos públicos cuya concesión obtenían, pues, al mismo tiempo, comprendiendo lo trascendental que para los naturales era el proveerse a bajos precios del vestido y alimentos necesarios, tanto en la época que trabajaban en beneficio público como en aquel que dedicaban a sus labores y a las atenciones de sus pueblos y reducciones, recomendaron en diversas Cédulas y ordenaron en otras a los Virreyes, Presidentes de Audiencia y Gobernadores, la creación de alhóndigas; unas, comunes para todos los habitantes de las Colonias (1), otras, como la del Real Asiento de Minas de Potosí, para beneficio exclusivo de los Indios del Servicio Personal que trabajaban en esas famosas minas (2).

Tal era, en términos generales, la organización del trabajo de los sujetos al Servicio Personal en las antiguas Colonias Españolas de América, restándonos, para terminar la parte general de nuestro estudio una ligera exposición del juicio que ha merecido esta Institución a los principales escritores, tanto nacionales como extranjeros posteriores a la época en que fueron implantados estos servicios.

Robertson, historiador escocés de la segunda mitad del siglo XVIII, en su "Historia de América", al estudiar el trabajo obligatorio de los naturales de las Colonias Españolas de América, dice lo siguiente: "Concediendo que la necesidad de asegurar la subsistencia de las Colonias y el ventajoso producto de las minas autoricen a los Españoles a exigir el trabajo de los Indios, debe convenirse en que las medidas tomadas para arreglar y recompensar estos trabajos, son prudentes y discretas. No existe Código alguno de leyes en que se manifieste más la solicitud y precauciones más multiplicadas para la conservación, seguridad y felicidad del pueblo que en las leyes españolas para el Gobierno de Indias" (3).

Mariano Moreno, en su disertación jurídica sobre el Servi-

(1) Recopilación, lin. VI, tít. XIV.
(2) *Ordenanzas de Minería de Nueva España.*
(3) Robertson, *Historia de América,* tomo IV, lib. VIII.

Digitized by Google

cio Personal (1), del año 1802, nos dice, que al lado del interés vivísimo de nuestros monarcas por la libertad de los naturales de las Indias y la gran preocupación para evitar los abusos, surgía paralelamente la tendencia a no tener en cuenta tan sabias disposiciones, conculcándolas en muchos casos con la aquiescencia de los funcionarios reales y eclesiásticos, no mirando más que al bastardo interés del lucro, explotando al elemento indígena, convirtiendo tan benigna institución en la más abominable de las esclavitudes (2). No podemos pasar por alto las exageraciones en que incurre este autor, teniendo en cuenta, como él mismo hace notar, que muchos de los abusos que dice se cometían eran nacidos de la codicia humana, y que además las afirmaciones de Moreno nos parecen un poco impremeditadas, toda vez que no marca fecha ni lugar, por lo que hace imposible toda comprobación, dejándose llevar de lirismos de gran efecto sentimental, pero sin base científica alguna.

Otros escritores que estudian la obra colonizadora de España en América, son Capitán y Lorin (3), los cuales, apesar de no distinguirse por su amor a España, dicen al estudiar el trabajo obligatorio de los naturales: "La colonización española no fué nunca legalmente cruel para los indígenas, y aunque en la práctica estas sabias disposiciones eran frecuentemente eludidas se debe creer que no desagradaron mucho a los indígenas, pues algunos se reenganchaban después de acabar su servicio obligatorio (4)".

Muy parecidas son las palabras de otro conocido escritor extranjero, Wilhem Roscher, en una obra suya (5) dice al estudiar el Servicio Personal: "cuán lejos estuvo de la opresión el servicio de Minas llamado Mita, se ve claramente en el hecho de que muchos (se entiende, Indios) cuando no era su turno pe-

(1) Levene, *Iniciación de la vida pública de Mariano Moreno.*

(2) Levene, *Iniciación de la vida pública de Mariano Moreno.*

(3) *Le travail en Amérique avant et aprés Colomb,* París, 1914.

(4) Capitán y Lorin, obra citada, América *hispano-portuguesa,* capítulo I, pág. 399.

(5) Roscher, *The Spanish Colonial Sistem.* Traducción al inglés de un capítulo de la obra del autor sobre Colonias y Política colonial. Tercera edición, Leipzig, 1885. Párr. Servicio obligatorio.

Digitized by Google

dían trabajar en él, y muchos de los que estaban obligados a este servicio (Mitayos) frecuentemente trabajaban muchas horas voluntariamente para gozar los altos salarios afectos a esa labor (1)."

Y otro escritor, el norteamericano Charles Lumins, en su libro los *Exploradores españoles del siglo XVI*, al estudiar la labor legislativa de nuestra Patria durante la Colonización de América, dice que se caracteriza por su espíritu humanitario y comprensivo, que desde el principio hasta el fin fué su nota predominante (2).

De los escritores hispanoamericanos, unos como Velarde, atacan el Servicio Personal, pero sin dejar de reconocer en su obra "La Historia del Derecho de Minería Hispanoamericano", que: "el trabajo obligatorio de los Indios, fué una consecuencia política y económica de la conquista, un fenómeno social de inevitable realización" (3). Otros se muestras resueltamente contrarios a esta Institución; así, el doctor Manuel Domínguez, en una conferencia (4), dice: "Y el conquistador español, caballero que usaba celada, peto, adarga, que celebraba tratados de tregua, Quijote con escudero, que tenía por descanso el pelear, fué el representante del señor feudal en América. En este feudalismo exótico, el señor se llama Conquistador; el siervo, Indio (5)". Jaramillo Alvarado, notable escritor del Ecuador, coincide con el doctor Domínguez, diciendo en su libro "El Indio Ecuatoriano" al referirse incidentalmente a la Institución objeto de nuestro estudio: "Al contemplar el capítulo de las vicisitudes del Indio en las tierras de América se palpa la ironía del angustiado destino de una raza, propicia a todas las esclavitudes, sujeta a todos los amparos, condenado a todos los

(1) Roscher se apoya para esta afirmación en el testimonio de Ulloa. *Noticias de América*, cap. 14.

(2) Lummis, *Los exploradores del siglo XVI*, pág. 64.

(3) Carlos e Velarde, *Historia del Derecho de Minería Hispano Americano*. Sección tercera. Cap. VIII, párrafo 33, pág. 92.

(4) Doctor Manuel Domínguez, *Constitución del Paraguay*, tercer tomo. Conferencias dadas en la Universidad Asunción del Paraguay.

(5) Doctor Manuel Domínguez, *Constitución del Paraguay*, tercer tomo. Conferencias dadas en la Universidad Asunción del Paraguay.

Digitized by Google

tutelajes. La legislación incásica aplastó la personalidad aborigen con el comunismo; la política colonial le redujo a la servidumbre en las "encomiendas", en las "mitas" y en los "priostazgos", la vida republicana aceptó la libertad del indio y mantuvo el "concertaje (1)"; el eslabón más fuerte de la cadena del esclavo, por ser más insidioso el procedimiento empleado para despojar a un hombre de sus libertades. Y el Inca, el encomendero, el fraile y el republicano han conspirado contra la independencia del indio con el título de amparador" (2). Otros no menos prestigiosos autores, por fortuna para España, defienden el Servicio Personal, como el escritor peruano Enrique Torres Saldamano, en su trabajo titulado "El Libro Primero del Cabildo de Lima", en el que dice: "Si no produjeron las Encomiendas y el Servicio Personal los provechos que se esperaban al establecerlas, no fué por falta de sabias disposiciones de los Monarcas españoles; los encargados de ejecutarlas son los únicos responsables de su inobservancia. Estamos seguros que si hoy estuviera en vigor la legislación que debió regirlas y se cumpliera con estrictez, nuestro indígenas no habrían llegado al estado de abatimiento y degradación en que hoy se encuentran" (3).

La mayoría de las opiniones expuestas coinciden con la nuestra, toda vez que la casi totalidad de los autores citados no pueden menos de reconocer que la Institución del Servicio Personal fué para los tiempos que se implantó un verdadero adelanto, a pesar de los abusos que se cometieron por los encargados de cumplir las disposiciones de nuestros Reyes, que minuciosamente reglamentaban este servicio, no creyendo nosotros que esos vejamenes a los indígenas alcanzaran el número ni la gravedad que señalan algunos autores, como tendremos ocasión de demostrar en otro lugar de este trabajo.

---

(1) Cuando el conquistador civil, eclesiástico o militar se apropió de la tierra "concertó" con los naturales un contrato, por el cual el indio tenía que consagrarle su trabajo por un salario fijo (Jaramillo Alvarado, *El indio ecuatoriano, El concertaje de indios en el siglo xx*, pág. 27), naciendo el "concertaje".

(2) Jaramillo Alvarado, *El indio ecuatoriano*. "Editorial Quito", Quito-Ecuador, 1922; *El concertaje de indios en el siglo xx*, págs. 1 y 2.

(3) *Historia del Mundo en la Edad Moderna*, tomo XXIII, pág. 268.

Digitized by Google

No queremos terminar este capítulo sin transcribir el juicio tan favorable para España de los autores de una obra (1), hace poco tiempo publicada con la colaboración de los más prestigiosos Historiadores modernos. Dice así: "Aun cuando esas instituciones hubiesen prevalecido bajo la dominación española con los mismos caracteres que tenían en México y el Perú antes de la conquista no podría decirse que había empeorado la condición de los Indios. Pero lo cierto es que no sólo no siguieron establecidas como las encontraron los conquistadores, sino que sufrieron grandes cambios en beneficio de los indígenas. El criterio de Las Casas era muy humanitario, pero impracticable, porque ni la reducción de los Indios podía hacerse exclusivamente por la predicación ni hubiese conducido más que a retrasar la civilización Americana (2)".

Sólo nos queda, antes de terminar esta parte, reproducir y hacer nuestra la pregunta que al tratar de la colonización española en América hacen los autores de la Historia del Mundo en la Edad Moderna por la justicia y el gran honor que para nuestra Patria encierra: "¿Cabría —dicen los autores citados— decir de haber prevalecido estas teorías (se refiere a las de Las Casas) que no hay ejemplo en la Historia de la Colonización de evolución más rápida, más completa y más progresiva que el que ofrecieron las territorios descubiertos y conquistados por los españoles? (3)".

Con ello hemos terminado el estudio del Servicio Personal en general, pasando a estudiar en los capítulos siguientes los diferentes trabajos a que estaban sujetos los indios, deteniéndonos especialmente en el referente a la extracción y beneficio de los metales por la importancia que nacida del medio geográfico tuvo en las Colonias Españolas de América.

---

(1) *Historia del Mundo en la Edad Moderna.*

(2) *Historia del Mundo en la Edad Moderna*, tomo XXIII, pág. 284.

(3) *Historia del Mundo en la Edad Moderna*, tomo XXIII, pág. 285.

Digitized by Google

Noticias para la historia económicosocial de España

II

Medidas gubernativas sobre tasas y abastos. (1800 a 1820)

Si al estudiar cuestiones históricas es factor utilísimo para la conceptuación de la vida de un pueblo cuanto se refiere a datos económicos, tratándose de la Historia de España es factor imprescindible.

Acuciada por problemas de subsistencias, por asuntos de índole económica, es en muchos casos la explosión férvida de la actuación nacional. Todo el siglo XIX no es más que una acción y reacción frente a doctrinas y hechos económicos. Desarticulados muchas veces, sin conexión ni enlace, la vida política y social de este período es la plasmación concreta de vicisitudes económicas.

De las medidas financieras dictadas por Carlos IV en 1789, a la actuación económica de las Cortes de Cádiz y de 1823, y hasta en la legislación social y en la vida de todo el siglo, sólo se advierte un solo y único fenómeno de decadencia y desorganización económica, salvado en ocasiones por la actuación de políticos y legisladores; impuesto otras veces por convulsiones populares; por imperativos categóricos, imposibles de tergiversar; por su avasalladora potencia.

Las puras y desinteresadas doctrinas económicas traspasan pocas veces los límites de la discusión teórica, pues más que la aplicación y adaptación de sus principios a la realidad viva y circundante, preocupó a las gentes el problema de su acopla-

Digitized by Google

miento a los principios confesionales, a los prejuicios sociales, considerados entonces como eternos e inconmovibles.

Toda mentalidad, toda idea nueva es sometida al "bien parecer" de una sociedad decadente.

Esta ruina económica y espiritual, palpable, fué en todo lo referente a subsistencias, por falta de una política científica de abastos, que estuvo ausente durante mucho tiempo de la gestión de políticos y gobernantes. Hecho, muy intensamente, agravado con la dificultad de comunicaciones que estancaba forzosamente los productos o los hacían llegar tarde y en malas condiciones a los lugares de consumo.

Muy probable es que uno y otro hecho económico-histórico tengan por raíz íntima y única la carencia de preparación científica: precisamente en aquellos momentos en que la Ciencia operaba enormes transformaciones económicas en toda Europa aplicando sus derivaciones infinitas a todos los elementos y recursos de la actividad humana.

La gran industria, con todo su colosal poder, que pujante se inició en Europa en el siglo XIX llevando al campo económico la "concurrencia" y la "sobreproducción", tardó mucho en llegar a España.

El siglo XIX inicia su vida en España con una enorme depresión científica y económica.

El rasgo característico, según Molinari, de la economía de las antiguas sociedades, es "la limitación y el aislamiento de los mercados"; y entonces, por razones de técnica, de actualidad guerrera —que hace difíciles e intermitentes las comunicaciones— y hasta étnicas y geográficas, se hizo difícil, aislada y dura la relación económica referente a abastos y producción.

El suelo español, rico en variedad de producciones, es difícil para la comunicación; y del mismo modo que una cierta nota tónica de indolencia en la raza repercutió intensamente en la esfera económica.

Uno y otro hecho restringieron la esfera de los "cambios", dificultando el equilibrio de la producción y el consumo.

Claro está que las consecuencias negativas de estas imposiciones étnicas y geográficas se hubieran vencido, por lo menos parcialmente, con una actuación legislativa consciente y seria;

Digitized by Google

pero los gobernantes españoles —tanto políticos como economistas— agravaron el mal con el desacierto de sus disposiciones.

Aunque en remotos tiempos ya dijo Saavedra: "Para mandar es menester ciencia"; y Sancho de Moncada combatió duramente la doctrina de aquellos que afirman que "no hay ciencia de gobernar", muy frecuentemente España disfrutó gobernantes improvisados que hicieron norma de su actuación la arbitrariedad o la imprevisión.

Casi toda la gestión legislativa y económica en materia de abastos se refiere a las *tasas*, sin que se viera llegar, como antes afirmó Cervantes, "la abundancia de mantenimientos".

Sistema económico que se agravaba con el de impuesto que, a juicio de Mounier, "no conservaba ninguna relación lógica" y era materia harto confusa y delicada.

En las tasas estribaba la eficacia de las leyes de abastos, pues muy pocos economistas fiaban a la libre contratación la justicia natural de los precios.

El siglo XVIII trabajó teóricamente por la libertad de tráfico, y Fernández Navarrete y Martínez de la Mata fueron detractores apasionados de las tasas; pero el establecimiento del libre tráfico interior de granos, se hizo en España, como hace constar Colmeiro, merced a la labor de Campomanes y Floridablanca, que como fiscales del Consejo, contribuyeron con su voto a la extinción de la tasa.

Poco tiempo después se pidió su completa abolición por razones de libertad y justicia; y Jovellanos, con tendencia individualista, en su *Informe en el expediente de ley Agraria* condenó duramente las "Ordenanzas municipales", que eran el último refugio de las tasas: "Los manantiales de la abundancia no están en las plazas, sino en los campos: sólo puede abrirlos la libertad y dirigirlos a los puntos donde los llama el interés." "Es en vano esperar la baratura de los precios de otro principio que de la abundancia, y es en vano esperar la abundancia sino de la libre contratación de los frutos." "Sólo la esperanza del interés puede excitar al cultivador a multiplicarlos y traerlos al mercado."

Todas estas ideas de Jovellanos son natural expresión de su economía individualista, que arrastró tras sí toda la obra legis-

Digitized by Google

lativa del primer período del siglo XIX y que imperó victoriosa, aunque controvertida, en las Cortes de Cádiz.

El sistema intervencionista, que tan decididamente defendió Colbert y del que eran las tasas una minúscula representación, atravesaba entonces una verdadera crisis de conceptuación, considerándosele, como concretó Molinari, "un obstáculo que el espíritu de monopolio opone al acrecentamiento del poder productivo del hombre".

Muy posible es que el siglo XX reaccione frente a estas exageraciones de libertad individualista, convencido, no del fracaso de las teorías que lo originaron, sino de la necesidad de imponer a los miembros de toda sociedad reglas de conducta orientadas hacia el interés de las multitudes.

Fijadas ya las características generales del período con su máxima amplitud, toda vez que la conceptuación abarca casi todo el siglo XIX, sigamos ahora, paso a paso, cuanto se refiere al lapso de tiempo que nos ocupa: 1800 a 1820.

El período debe considerarse abierto para el estudio con la aplicación de una Real cédula publicada por Carlos IV en 1790 y que da "las reglas convenientes para evitar todo abuso y monopolio en el comercio de granos".

Realmente, durante todo este tiempo fueron el trigo en particular y los granos en general, las cuestiones verdaderamente batallonas; no sólo por su importancia y supremacía indiscutibles entre todas las materias de subsistencia, sino por la unión y autoridad de las agrupaciones de panaderos y por la actuación del Pósito.

La carne, el pescado y el carbón, comparten con el trigo el máximo interés, y con todos se entremezclan, ya que a todos afectan, los problemas de transporte y acarreo.

Por desarmonía e imprecisión de los datos, pueden hallarse pocas veces visiones de conjunto.

El siglo XIX se inicia con una fuerte escasez de cereales que obliga a Su Majestad a perdonar al Pósito varias porciones de trigo suministradas de las Encomiendas que gozaba el infante don Pedro; pues, según recibo de 15 marzo 1798, "la cantidad de trigo es de 88.975 fanegas y 6 celemines en

Digitized by Google

Paneras del Pósito; 533.866 fanegas 7 celemines a la Encomienda y 218.708 fanegas y 8 celemines al Gran Priorato de San Juan." (Archivo Histórico Nacional. Sección 8. Consejos Suprimidos. Consejo de Castilla. Sisas de Madrid. Corte. Leg. 9. Año 1800.)

Este remedio, ocasional y transitorio, no resuelve la crisis, que se agudiza en 1801; y enterado el Consejo por el pliego diario de la Sala de Alcaldes —22 junio 1801— promueve un expediente del que dimanó: la comisión dada al alcalde don Ignacio Martínez de Villela "para intervenir la entrada y salida de granos en el Pósito"; el acuerdo de una contrata con la Compañía de Panaderos, obligándolos a surtir de pan a Madrid, y el nombramiento de "juez conservador" de esta Compañía a favor del señor fiscal don Gabriel Achútegui.

El expediente es voluminoso y en él se concretan, con certera mira, algunas de las causas de escasez de pan: "la lenta conducción de trigos comprados en Castilla y la Mancha" y "la mala administración del Pósito"; pero las resoluciones de la nueva Compañía de Panaderos y del fiscal Achútegui no responden a esta fijación de causas, que en vez de ser evitadas cayeron en olvido. Se buscaron remedios en la consabida prodigalidad del Estado y en la carestía del consumo; remedios antieconómicos y de contumacia en el error: así, en 12 noviembre 1801 se "declara exclusiva la Compañía de Panaderos para la fabricación del pan", con lo que se facilita el monopolio, con sus secuelas obligadas de fraude y carestía y se la concede "un auxilio del Gobierno de cuatro millones de reales, parte en moneda metálica y parte en trigo, que se considera capaz de asegurar en una escasez dimanada de temporales o de otra inesperada concurrencia el surtido necesario del público". A propuesta del señor Achútegui se acuerda el alza de dos cuartos en cada clase de pan, "vendiéndose el español a 16 cuartos y el candeal o de flor a 18 y dándose a los panaderos el trigo en el Pósito a 77 reales cada fanega".

Estas medidas no resolvieron el problema que pausada y progresivamente seguía agravándose; y en 6 abril 1802 dió origen a una conmoción popular en "la plazuela del Rastro, de cuyas resultas fueron incendiados y reducidos a cenizas varios

Digitized by Google

cajones de los destinados en Plazuela para la venta del pan". (Archivo Histórico Nacional. Sección 8. Consejos suprimidos. Consejo de Castilla. Sisas de Madrid. Corte. Leg. 9. Año 1802.)

Todo ello promovió la publicación de una orden circular dada en 11 noviembre 1802 "para cortar los abusos y monopolios en el comercio de granos". Orden que aumentó el caudal legislativo, pero no remedió el mal, pues poco más tarde, en 20 y 21 agosto 1803, habiéndose notado falta de pan en los puestos públicos, se acuerda —23 agosto— el alza del precio: "18 cuartos el español y 20 el candeal".

No sólo la Corte tiene entonces escaso surtido, pues en el Archivo Histórico —leg. 2.257— figura un expediente relatando conmociones populares habidas en Guadalajara por la escasez de pan, donde "un dependiente de las fábricas, de propia autoridad, prendió a un vecino de Marchamalo una carga de pan".

Como se ve, el problema continúa empeorando la situación general del pueblo, y muy principalmente la de la clase menesterosa, lo que da origen —con el consiguiente acuciamiento de las revueltas populares— a dos nuevas cuestiones: una presentada por don Manuel Samaniego y el diputado del Común de esta Villa Marqués de Portago, que piden se les dé intervención en lo concerniente al abasto de pan o en defecto sepa el público que él y su corporación no tienen sobre sí en esta parte" (Archivo Histórico Nacional. Sección 8. Consejos suprimidos. Consejo de Castilla. Sisas de Madrid. Leg. 10. Año 1803), y el señor Achútegui en su obligado informe pide: "Se cierre el comercio de granos con Andalucía y que la conducción de ellos sea por carga concejil de pueblo en pueblo... que a los conductores de granos se les facilite alojamiento gratuito y si quieren echar a prado las caballerías se les facilite lo mismo... y que sería conveniente se hiciese para lo común del pueblo un pan mezclado de cebada y centeno que sería equitativo y saludable."

Para vencer la repugnancia o el asombro de sus contemporáneos, más o menos higienistas o economistas, el señor Achútegui encomia su proposición aduciendo personales experiencias y una erudición un tanto pintoresca, pues añade: "Yo le

Digitized by Google

comí en Cataluña, cuando la guerra con Francia, y me supo bien... El pan mezclado, como lo sepan hacer, es muy bueno; los antiguos germanos lo comían de avena y centeno y en nuestras Américas lo más del pueblo comen de cazabé, que parece serrín de carpintero, y los más *azendados* (*sic*), maíz."

Como los remedios propuestos no dan el resultado rápido que el problema exige, se presentan con frecuencia expedientes pidiendo que se evite la excesiva extracción de pan que se hace en Madrid (I y II, Apéndice).

El año 1803 es frecuente en quejas por la escasez de granos, no sólo en Madrid, sino en provincias: lo que aumenta las proposiciones de medidas para evitar esta carestía; pidiendo unas veces "que los labradores no puedan vender sus granos sino para el pueblo, a fin de hacer el panadeo". (Alcaldes de Vicálvaro —solicitando la tasa del trigo—, Villamañán —o la entrega de los trigos de diezmos.)

La desorientación de las disposiciones y las malas cosechas hicieron culminar el problema del trigo en 1804 y de todas partes (Ayllón, Orcajo, Palencia, Pedro Núñez, Reinosa, Sigüenza, La Seca, Escalona, Ferrol, Illescas, Jaén, Las Rozas) vienen noticias de la escasez de trigos, no sólo para el panadero, sino para la siembra, por lo que el Cabildo de la Catedral de Sigüenza pide se declare que "los vecinos de los pueblos circunvecinos pueden sacar fiado del granero del Cabildo cualesquier porción de granos sin que pueda impedirlo la justicia de Sigüenza", y el Ayuntamiento de La Seca "pide se le autorice valerse de cualquier fondo público para hacer un acopio de grano para socorro de los labradores en su sementera". Petición que repite Escalona.

Indudablemente el asunto de la escasez de trigo estaba agravado por la ocultación, por cuanto el Ayuntamiento de Las Rozas —Madrid—, "pide que se le permita proceder con todo rigor contra los tenedores de granos o que los entreguen para el panadeo".

En 2 febrero 1804 se publica un curioso bando sobre "el alza del pan", fijando las ganancias y el precio de 30 cuartos el pan de flor o candeal (III, Apéndice).

La crisis es intensísima y ella obliga a que el año 1804

Digitized by Google

sea de los que más abundan las peticiones de mejora y caridad y las inquietudes populares; índices obligados de la carestía de subsistencias. Bien es verdad que en algunos sitios el problema debió revestir caracteres pavorosos, como lo prueba una curiosa representación del Cura párroco de Nava de la Asunción —Segovia— pidiendo la aprobación de tres arbitrios "para hacer un fondo con que se pueda dar a los indigentes a un precio cómodo y de manera que no exceda un pan, que ahora cuesta 38 cuartos de los de 30 que se dan allí por un jornal". La comparación de estas dos cifras no puede ser más expresiva, y por sí sola justificaría cualquier extralimitación de una multitud.

Dos direcciones se advierten en seguida en este natural descontento por la carestía: una, la de los débiles y humildes, que cristaliza en peticiones de mejora y acogimiento a la misericordia y caridad, y otra, la de los impulsivos y enérgicos, que originan tumultos pidiendo el abaratamiento de los artículos de consumo. Por razones étnicas y de hábito piadoso, son más numerosas las incitaciones caritativas; pero unas y otras muy expresivas para la conceptuación social de este momento histórico.

Casi todas las peticiones sientan —expresa o tácitamente— la premisa de "miseria y escasez de trigo" (IV, Apéndice) para cuyo remedio unos acuerdan "la inversión de productos de obras pías en la compra de trigo y ocupación de jornaleros" —bien disponer de los sobrantes de fondos de las Reales contribuciones— Ledesma —(V, Apéndice)— o la autorización para "una corta de pinos", como proponen Navas de Oro y San Esteban de Pedraza (VI y VII, Apéndice).

Los Ayuntamientos de Torre de Juan Abad y Ferzaga piden se les autorice para emprender obras en las que puedan "dar ocupación a jornaleros necesitados" y Plasencia extiende la súplica a "la asistencia y curación de enfermos y ocupación de los de todas edades y sexos que puedan trabajar". (Archivo Histórico Nacional. Sala del Gobierno. Leg. 2.391. Año 1804.)

La previsión de las autoridades sólo se muestra en dos disposiciones: una —11 febrero 1804— declarando el derecho pre-

Digitized by Google

ferente Pósito en los juicios de acreedores, y otra disponiendo "que ninguna persona está exceptuada de concurrir con sus carruajes a la conducción de trigo y carbón para el abasto de Madrid".

Los movimientos populares, que son para Sergi expresión exacta "de la mecánica psíquica y de las fuerzas externas", casi siempre se concretan en imposiciones económicas; por ello no es de extrañar que, paralela a las dificultades de subsistencia, marche la inquietud, y que el empobrecimiento y opresión de las muchedumbres las impulse a la desesperación y a la venganza. La vida misma tiene exigencias tan inmediatas e imperativas, que por ley natural no admiten dilación.

Como realmente el interés máximo de los gobernantes radica en las grandes urbes, cuyas dificultades de surtirse son análogas a los peligros de su descontento e inquietud, las primeras revueltas del año 1804 fueron encaminadas a protestar del acopio de trigo para el Pósito. "Conmoción ocurrida en la ciudad de Segovia, queriendo impedir la saca de trigo para el Pósito de Madrid." (Archivo Histórico Nacional. Sala de Gobierno. Leg. 2.394.)

Por carestía y mala calidad del pan se promueven también conmociones en Tembleque, y poco después —enero 1805— en Leganés. La proximidad de ambos lugares a la gran urbe hace pensar en que tal vez su descontento arranque del poder de absorción que intranquilizó a Segovia.

La Real Dirección de Abastos promueve un expediente del que resultó, a principio de julio de 1805, la baja del pan —"dos cuartos en cada pan candeal y uno en el español"— no sin dejar de anotar la referencia de que los Pósitos han perdido hasta octubre de 1804 la cantidad de "21 millón de reales". (Archivo Histórico Nacional. Consejo de Castilla. Sisas de Madrid. Consejos suprimidos. Sección 8. Leg. 10. Año 1805.)

Realmente la administración del Pósito produjo frecuentes quejas, pues según referencia (Leg. 6.783. Abastos. Consejo de Castilla. Sección 8. Consejos suprimidos. Archivo Histórico Nacional) en 2 octubre 1805 hizo el Pósito disminución de jornales y salarios a sus empleados que se elevó a "88.442 rea-

Digitized by Google

les mensuales"; es decir, de "115.641 reales empleados con anterioridad lo redujo a 27.199 reales".

Toda esta reducción en los gastos viene, de un lado, de la Real cédula de 8 septiembre 1804, que autoriza la retención de la quinta parte de granos de diezmos, y de otro, del establecimiento de la libertad de contratación y término del monopolio que venían disfrutando la Asociación de Panaderos y el Pósito, hecho del que se lamentan en una curiosa exposición de "los Ministros comisionados del Pósito sobre que éste ha quedado como un particular para la venta de pan".

Esta queja y la reducción de jornales son hechos muy expresivos, y las disposiciones que lo promovieron, tal vez lo mejor orientado de cuanto se hizo entonces sobre legislación de abastos.

Corresponde al año 1807 un dato curioso que se conserva en un expediente reservado y que relata lo ocurrido en los días 21 y 22 de junio en orden al surtido de pan: "los tahoneros subieron tres cuartos la libra de pan y dejaron sin surtir sus puestos durante dos días". (Archivo Histórico Nacional. Consejo de Castilla. Consejos suprimidos. Sección 8. Abastos. Reservado. Leg. 10. 6783.)

Este hecho, que hoy sería calificado de huelga de panaderos, es, en aquellos tiempos, poco frecuente; pero no el primero, pues en las memorias manuscritas que la Academia de la Historia conserva del corregidor don Antonio Armona, referentes a 1776, se relata un hecho semejante y muy picarescamente planteado: "Los panaderos protestaron del mal trigo del Pósito y con falsas argucias se refugiaron en una Iglesia, diciendo que iban a ser encarcelados; pero con la idea de dejar a Madrid sin pan. De allí los sacó el Corregidor ayudado de la tropa." Ambos sucesos son muy expresivos para la determinación de la historia social de este período.

Hasta 1808 no vuelve a verse expediente alguno de queja por el surtido de pan, aunque entonces aparezcan, muy frecuentemente, los de petición de pena contra "acaparadores de trigo": consecuencia casi lógica de una libertad de contratación mal entendida y de la imperfección de una industria que no regula la competencia.

Digitized by Google

En un expediente de 1806 se pide "que el precio de fanega de trigo no exceda de 30 reales", y en otro, poco anterior, se propone "hacer pan de bellota con algo de trigo".

En 1808 vuelve a preocupar la escasez de pan —cuyo precio, según bando de 24 agosto 1808, es de 18 cuartos el español y 20 el candeal— siendo Zamora y Cuenca las primeras y más imperativas en la petición de remedios. Poco después los Ayuntamientos de Cádiz, Málaga, Cartagena, Barcelona, Sevilla, Valencia y Coruña, tratan del modo de asegurar el abasto de pan en aquellas ciudades.

Peticiones semejantes en el año 1809, unidas a una nueva representación del señor Achútegui relativa a la conducción de varias porciones de trigo al Pósito y una carencia absoluta de datos hasta 1814.

El vendaval guerrero que agitó las regiones y los hogares en este tiempo hizo borrar los vestigios de un problema que la guerra misma agudizó.

Las dos referencias conseguidas en 1814 corresponden a la prensa periódica: una de *Gaceta de Madrid* —que de 1 de enero a 1 de mayo lleva el nombre de *Gaceta de la Regencia*— que se refiere a la copia de una Circular del Ministerio de Hacienda: "Disponiendo que los granos de propiedades regulares no sean devueltos a los frailes, sino destinados al Ejército, a pesar de disponer el Decreto de 21 de mayo que les sean devueltas sus propiedades"; y otro referente a un artículo del *Diario de Madrid,* en el que se comenta "que el pan sigue vendiéndose a 14 cuartos aunque ha bajado el precio del trigo un duro en fanega".

La intensidad de las conmociones políticas de este año desvió el interés hacia cuestiones no económicas, aunque ellas siguieran siendo la piedra fundamental de las actuaciones populares.

A 1816 corresponden dos noticias contradictorias: un acuerdo del Ayuntamiento de Madrid sobre la baja de dos cuartos en cada clase de pan, y en 3 octubre otro de la misma entidad subiendo un cuarto en cada pan de dos libras.

De 1817 a 1820 faltan datos del precio y vicisitudes del trigo y abundan solicitudes en pro de la libertad de abastos; en-

Digitized by Google

tre ellas un dictamen muy curioso: "Del Claustro de la Universidad de Salamanca sobre la consulta hecha por los tres Estados del reino de Navarra acerca del comercio de granos", que ofrece la categórica conclusión: "Que las Cortes generales y extraordinarias pueden lícitamente suplicar que sea libre el comercio interior de granos de que generalmente tiene sobrante revocando las leyes que lo prohiben." (Biblioteca Nacional. Fernando VII. P. en 4. P. 7. Año 1817.)

Era el momento en que las teorías económicas de Jovellanos, no sólo fundamentaron la obra legislativa, sino que sustentaron la orientación y el interés del comentario público, en el que sus discípulos y continuadores ponían la actividad y el entusiasmo de neófitos que honran al maestro muerto.

Otros abastos.

Son menores y mucho más desorientados los datos de los diferentes abastos. La anotación de los precios de venta falta en absoluto y únicamente el *Diario mercantil* suele dar, respecto a carnes, el precio de las reses objeto de contratación en las ferias y mercados.

Abundan, sin embargo, las quejas por la mala calidad de la mercancía, que se exponen unas veces concretamente y otras sigilosa y veladamente al solicitar vigilancia e inspección en su venta. En ocasiones, la queja pudiera ser apasionada y la petición encerrar un interés oculto, pues era el momento de anulación y desorganización de los gremios y muchos de sus exclusivismos tenían aún ardientes partidarios.

Así, en un expediente que corresponde a 1801, sobre "el estado del abasto de carne", el apoderado general del gremio de Tablajeros pide se le nombre celador "para indagar la especie y estado de las carnes que se venden por personas particulares". (Archivo Histórico Nacional. Consejo de Castilla. Consejos suprimidos. Sección 8. Abastos. 1601. Leg. 12. 6784.)

Más justas y desapasionadas son otras dos peticiones que conserva el Archivo Histórico Nacional, referente una de ellas al expediente formado con motivo de un acuerdo de la Real Dirección de Abastos de Madrid, en que "se muestra una representación del ramo de carnes sobre el miserable estado en

Digitized by Google

que se halla este abasto, que amenaza una falta inmediata del surtido por carecer de existencias de dinero y crédito" (Legajos 13-6785. Referencia anterior), y otra, de una enorme importancia sanitaria: "Doctor Matías M.ª Sánchez, cirujano titular de la villa de Fuencaliente sobre los daños que causa a la salud pública el uso de la carne de cabra que se mata en el abasto, por estar contagiada de sarna." (Leg. 2587.)

Las demás referencias tratan de peticiones de libertad para el abasto de carne; en uno de cuyos expedientes la Dirección de Abastos informa accediendo a lo solicitado, pues "la libertad arreglada para la compra y venta de géneros con que se abastecen los pueblos es lo que asegura la abundancia de éstos, su bondad y la equidad proporcionada en los precios"... "Ella sola es la que puede libertar al gobierno de graves y pesados cuidados y de pérdidas incalculables." Corresponde este informe a 1803 y es de lo más preciso y razonado que entonces se encuentra.

Las peticiones de libertad de contratación se extienden muchas veces al aceite, jabón y vino.

Respecto al *vino,* tan sólo hay noticia de su precio en 1800, según un bando de 1.° de diciembre: "Cada cuartillo mayor, 11 cuartos, y menor, 8"; y de dos impuestos: uno en 1805, en que, por Real orden, se "recargan cuatro maravedís sobre cada cuartillo de vino que se consuma en cualquier paraje del reino por el tiempo que durase la presente guerra a cuyos gastos se aplica" (leg. 2487); y otro dato que procede del Concejo, Junta y Regimiento de Almaguer, "sobre que se aprueben los arbitrios de atadero y ramo de tabernas, con destino al alivio de los vecinos contribuyentes al servicio de alojamiento y bagajes." (Leg. 3157. Sala de G. del C. Archivo H. N.)

Los demás datos recogidos se refieren esporádicamente a los varios géneros de abastos, con petición de libertad de contratación, indicación de repeso o facilidad solicitada de transporte.

La de repeso se refiere al carbón, en febrero de 1801, y "resultó del cotejo que a la pesa de dos libras faltaban siete onzas y media, y catorce a la de cuatro." (Legs. 16-6790. C. de C. Sección 8. Archivo H. N.)

Digitized by Google

La arroba de carbón se vendía a 48 cuartos. Con las faltas de peso, la mercancía adquiere un precio bien distinto al de contratación; pero el hábito del fraude debía ser bien general en todo género de abastos, como lo prueba una reclamación, realmente insólita, que se refiere a 1814: "José Yáñez Mauricio, panadero de la villa de Alcobendas, sobre que la Justicia no le moleste por la falta de una onza en cada pan." (Archivo H. N. Sala de Gobierno del Consejo. Leg. 3013.)

Muy semejante es una reclamación de un tablajero de la Corte pidiendo se le devuelvan "las multas exigidas por falta de peso en las carnes." (Archivo H. N. Sección 8. Leg. 2515.)

Tasas y legislación sobre abastos.

Como ya se dijo, la actuación oficial durante este tiempo estuvo vinculada en la fijación de tasas; tarea que en muchas ocasiones colocó a la autoridad en situación de máxima asistencia colectiva, pues son muy frecuentes, numerosas y autorizadas, las solicitudes de tasación de artículos de consumo.

El comercio en general y los elementos de consumo en particular, carecían entonces de medios de movilidad: ni facilidad de transporte, ni publicidad en sus contrataciones, ni actuación de intermediarios que agiten los mercados y los centros de consumo con la propaganda de su mercancía.

La producción y el consumo quedan sólo momentáneamente regulados con la gestión de autoridades, no siempre bien orientadas, que buscan en las tasas el único elemento de guía económica; pero las tasas, aun cuando salvasen las dificultades de gradación según los lugares, los productos y el consumo, tienen en sus relaciones con la producción otra fuente de inadecuación y error: la variabilidad de los productos, que hace mala hoy la justa tasa de ayer. Exigen del legislador una atención permanente y continuada y una variación casi constante —según la relación entre la producción y el consumo— para que no sea traba económica y ruina social. La agricultura fué, casi siempre, la perjudicada, por faltar a las tasas la flexibilidad y adaptación que hubiera podido convertirlas, de momento, en instrumentos económicosociales, justos y útiles. En muchas ocasiones las trabas y dificultades impuestas al tráfico

Digitized by Google

interior obligaron al agricultor a vivir en la miseria y con las trojes llenas.

La labor de Jovellanos y la liberación industrial conseguida en las Cortes de Cádiz, como reflejo de los aires de libertad que la Revolución Francesa esparció por Europa, pusieron fin al sistema de las tasas, sin que fueran sustituídas por otras medidas económicas de más fuerte ideación científica.

Aunque la Prensa de aquellos días roza pocas veces los verdaderos asuntos de interés público y mantiene casi siempre su escalpelo en las sublimes regiones de la Literatura o la Mitología, obligada por los asuntos mismos dió también su opinión en materia de abastos. Parca y pobremente, en todo el período sólo se encontraron dos comentarios: uno correspondiente a 1804 —"Efemérides de la ilustración de España"—, que se refiere a un comentario de la obra publicada en 1568 por fray Tomás Mercado y donde se alaban las tasas: "Pero si posible fuese que se arreglen y modifiquen publicándolas por semanas, sin perder de vista las circunstancias que alteran el valor de los géneros"; y otro artículo del periódico *Minerva,* correspondiente a 1818, donde, después de elogiar la labor de Jovellanos en su "Informe de ley agraria", se dice: "¿En qué podrá fundarse el sujetar los frutos que la tierra nos ofrece a la ley de tasas y postura, mientras gozan de absoluta libertad los productos a que da nueva forma la industria fabril, o aquellos que acerca al consumidor la industria mercantil? ¿Cómo puede conciliarse la entera libertad de estas dos y la pesada esclavitud de la agricultura? Aunque las tasas fueran justas —que no lo son— debería haber en los que decidiesen el precio de las cosas un exacto conocimiento del valor de aquellas que tasaban."

Según el mismo periódico, era muy interesante la obra "Sobre policía y régimen de abastos de la ciudad de Santiago", que publicó en 1806 el Dr. D. P. A. S. U., canónigo de aquella iglesia.

Como puede observarse, los comentarios periódicos son dispares; pero es que a partir de 1810 puede decirse que es general la desconceptuación de las tasas, que gozan de 1800 a 1808 todo el interés de las autoridades y las preferencias de los

Digitized by Google

consumidores. Son abundantísimas, en estos años, las peticiones de tasas, en cuyos expedientes se razonan, a veces favorablemente, y se dan datos sobre el estado económico, que es el que sirve de base a la demanda.

Dos de estos expedientes se refieren a tasas de arrendamientos (Manzanares y Guadalajara: 1801-1802); 14 piden la tasa del trigo y demás granos; tres se refieren a la tasa de carne; uno a la del vino, y otro a la del aceite.

A partir de 1803 aparecen algunas peticiones sobre libertad de abastos; y como la crisis cerealista alcanzó en 1804 aterradoras proporciones, se dió a este abasto absoluta libertad; hecho que en 1806 produjo abundantes censuras.

Estas fluctuaciones de conceptuación derivan, no solamente del predominio individualista, que juzga y pide por sí, sin atemperar su petición a otro guía que al egoísmo, sino también a la desorganización de los mercados y de las disposiciones oficiales.

Muy curiosa es una representación y expediente formados en 1803 a instancia de los tres Fiscales del Consejo "sobre la necesidad de fijar los precios de los granos, dando una tasa interina" y en ella se dice: "Que la inmoderada codicia de los tenedores de granos ha hecho indispensable la providencia de fijar los precios dando una tasa interina hasta que las circunstancias muden y no sea tan ruinoso el abuso de la libertad. En las cosas pertenecientes al lujo y a la mayor comodidad es ridículo que el Gobierno se introduzca en poner tasas; no es un exceso decir que es una suerte de injusticia, porque cada agricultor esmerado y cada diestro menestral tienen derecho a interesar a su favor el capricho de los ricos y no es conveniente que el Gobierno ponga límites a la industria y aplicación de los unos, ni a la autoridad que tienen los otros de comprar a buen precio sus caprichos; pero tratándose de las cosas necesarias para la subsistencia, la autoridad del Gobierno debe velar sobre la conducta de los abastecedores, porque allí ya no se trata de industria, ni de capricho, sino de refrenar la codicia de los unos y de asegurar la vida de los otros.

Aquí está realmente la razón de la tasa que los firmantes —Antonio de Costa Barrio en nombre de todos— piden varíe

Digitized by Google

según la clase de granos y según las provincias; proponiendo como tasa general "100 reales vellón, la fanega de trigo en la Corte; 90 reales, hasta la distancia de 20 leguas; 80 reales, a la de 30 leguas, y 70 y 60 a mayor distancia... mandando se proceda a la confiscación de los que no vendan a los dichos precios u oculten trigo".

A partir de 1808 son frecuentes las peticiones de libertad de venta de abastos; y ello se acentúa en 1814 y 1816, en que se publica —6 agosto 1816— una circular del Ministerio de Hacienda, declarando: "Que la venta de vinos... pagándose los derechos establecidos debe ser enteramente libre."

Estas varias disposiciones y los expedientes que con ellas concuerdan muestran una desviación del interés colectivo contraria a las tasas; cambio que coincide con la transformación cultural y económicosocial que inicia ya en 1810 la nueva corriente constitucionalista, que para esta fecha se había captado ya una fuerte opinión merced a sus campañas de prensa: palenque primero y afortunado de sus nuevas orientaciones.

La actuación propiamente legislativa se refiere a restricciones en la exportación y puntualización de tasas; observándose que de 1808 a 1815 faltan absolutamente datos de órdenes y disposiciones. A 1815 —agosto— corresponde, según *Mercurio de España,* un edicto "sobre libre introducción y venta de trigo", y a 20 enero 1820 una circular muy razonada y extensa "permitiendo la libre extracción de aceites, granos y semillas", pues según el preámbulo de la disposición... "atendiendo al bajo precio de los granos, a las muchas y repetidas instancias de varios cuerpos y labradores, a que la contribución general pesando sobre los frutos de la tierra no es realizable si éstos no tienen un precio proporcionado que pueda cubrir esta carga y los gastos de la labor y su nivelación con los demás efectos que entran en el comercio... S. M. se ha servido permitir la libre extracción de aceite y de toda especie de granos, harinas nacionales y semillas o legumbres... Cuya extracción sea libre de derechos a excepción del aceite, que adeudará un cuartillo de real en arroba."

En el campo de la pura teoría económica, la tendencia al libre comercio se había iniciado ya anteriormente y era muy

Digitized by Google

intensa en 1818, en cuyo tiempo Smith, Say y Tracy gozaron de gran predicamento.

La Sociedad Económica Matritense conserva noticia de un oficio dirigido por don Pedro Cevallos, Ministro de Estado en 1816, a la Sociedad pidiendo: "Que a fin de desvanecer las prevenciones que se notan en el ánimo de los pueblos contra el libre comercio de granos... quiere que la Sociedad Económica de la Corte se dedique a trabajar un discurso que pueda insertarse en la Gaceta, en que con claridad y copia de Naciones se demuestren las ventajas que pueden prometerse de él la Agricultura y el Estado" (Archivo de la R. S. E. M. Legajo 247. Núm. 19); y en la misma Real Sociedad Matritense, y correspondiente a 1818, se conserva un curioso informe sobre una memoria manuscrita "en que se manifiesta el error y preocupación en que todavía están muchas personas acerca de la libertad de los abastos de los pueblos; lo perniciosa que es la costumbre de que los regidores pongan precio a los géneros alimenticios y los malos efectos que produce la aversión con que se mira a los revendedores, atravesadores, etc." (Apéndice 12.)

Peticiones de orientación económica son éstas muy distintas a las sostenidas hasta entonces, e inician una corriente doctrinal que imperó victoriosa durante un gran período.

Madrid, enero 1923.

CONCHA ALFAYA.

ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL.

Sección 8.—Consejos Suprimidos.—Consejo de Castilla. Sisas de Madrid.—Leg. 10.

AÑO 1803

"Expediente formado a consecuencia de los acuerdos del Consejo Pleno relativas a evitar la excesiva extracción de pan que se hace de Madrid para los pueblos inmediatos." Recuerda providencias de 1797 prohibiendo la extracción.

Digitized by Google

ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL.

Consejo de Castilla.—Abastos.
Sección 8.—Consejos Suprimidos.—Leg. 10 (6783).

Corte. "Expediente formado a consecuencia de los acuerdos del Consejo Pleno relativos a evitar la excesiva extracción de pan que se hace de Madrid para los pueblos inmediatos."

ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL.

Pragmáticas R. cédulas y decretos.—Lib. 1502 c.

3 FEBRERO 1804

Bando sobre el alza del pan.

"Da como causa la esterilidad de las dos cosechas precedentes... y para evitar la violenta diferencia —del precio del pan entre Madrid y los pueblos— y las grandes ocultaciones, extracciones y reventas injustas con 2, 3 y aún más cuartos de exceso en cada pan, y la destrucción del establecimiento de este Pósito, que ya se hubiera verificado muchas veces a no ser tantos y tan frecuentes los auxilios que le ha suministrado la inimitable beneficencia de S. M. y los arbitrios que se ha dignado concederle, no siendo ya suficientes por haberse consumido y contraído además cuantiosos empeños en las pérdidas de años anteriores y del presente se hace natural acudir al natural, racional y justo medio de algún aumento en el precio del pan y deseando conciliarle de modo que este generoso Pueblo continúe gozando los posibles alivios con menor pérdida del R. Pósito, su único proveedor en el dia, por la imposibilidad absoluta de todos los panaderos, que por sí no compran un solo grano, se ha nivelado no por todo su coste, y así dexándole el beneficio de más de 6 quartos en cada pan español y de 5 en el candeal."

"En consideración a todo se venderá desde mañana el pan español a 20 quartos, con solo 2 de aumento; el candeal a 24 y el de flor o de luxo a 30, procurándose que en todas estas clases sean cabales las 2 libras de su peso y bien acondicionado."

ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL.

Sala de Gobierno del Consejo.—Leg. 2387.

AÑO 1804

"Expediente formado a representación del Prov. síndico de la villa de Piña de Campos; sobre la miseria y enfermedades que padecen los vecinos de aquel pueblo por falta de granos."

Digitized by Google

ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL.

Sala de Gobierno del Consejo.—Leg. 2375.

AÑO 1804

"Expediente formado a representación de la junta subalterna de socorro y beneficencia, establecida en la villa de Ledesma a virtud de la circular del señor Gobernador en 26 de diciembre último, proponiendo por falta de medios para atender a tantos necesitados que se le permita disponer de los sobrantes del fondo de las Reales contribuciones."

ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL.

Sala de Gobierno del Consejo.—Leg. 2384.

AÑO 1804

"El alcalde del lugar de Navas de Oro sobre que se conceda permiso para la corta de un pinal negral que pertenece al Concejo, destinando sus leñas en beneficio de los labradores pobres y jornaleros para su subsistencia en este invierno."

ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL.

Sala de Gobierno del Consejo.—Leg. 2392.

AÑO 1804

"Expediente formado a representación de don Esteban de Pedraza, diputado del Común de la villa de Robledo de Chavela, en que para ocurrir a la miseria de los vecinos y sustentarlos propone la corta de 2.000 pinos de propios y arbitrios."

ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL.

Sala de Gobierno.—Leg. 2409.

AÑO 1804

"Expediente formado con motivo del alboroto ocurrido en la villa de Tembleque en el día 23 de mayo de 1804 a pretexto de la carestía del pan."

ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL.

Sala de Gobierno del Consejo.—Leg. 2459.

AÑO 1805

"Expediente formado en virtud de representación del Alcalde mayor de la villa de Leganés en que dió cuenta de la irregular conducta que se advierte en los tahoneros de ella especialmente la

Digitized by Google

de Bernardo Legazri, quien por la mala calidad del pan que vendía dió causa a la conmoción y alboroto del pueblo."

ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL.

Sala de Gobierno del Consejo.—Leg. 3041.

AÑO 1814

"El Ayuntamiento de la ciudad de Lorca sobre que sin embargo de que haya solicitadoes para los abastos de carnes, aceite, jabón y vino no se admitan y queden éstos en libertad."

ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL.

Sala de Gobierno del Consejo.—Leg. 1352.

AÑO 1816

"Expediente formado a representación de la Real Dirección de Abastos de Madrid sobre que se permita a los comerciantes la venta libre de tocino, aceite y jabón."

ARCHIVO DE LA R. S. ECONÓMICA MATRITENSE.

Leg. 247.—Núm. 91.

25 AGOSTO 1818

"Informe sobre una memoria manuscrita en que se manifiesta el error y preocupación, en que todavía están muchas personas acerca de la libertad de los abastos de los pueblos: lo perniciosa que es la costumbre de que los regidores pongan precio a los géneros alimenticios y los malos efectos que produce la aversión con que se mira a los revendedores, atravesadores, etc." Escribía la B. O. R. año 1818.

Digitized by Google

Sistema general de Filosofía del Derecho

CONFERENCIAS DEL PROFESOR STAMMLER EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL

(*Conclusión.*)

QUINTA CONFERENCIA

Con relación a todo contenido del conocimiento humano cabe preguntar si es JUSTO o INJUSTO. La contraposición representada por estas dos palabras establece, a su vez, la última posible división del conocimiento, aquella diferenciación que, de un modo necesariamente condicionante, viene a servir de fundamento a todo juicio condicionado (1). Siendo así, es evidente que si alguien sostuviera que la admisión del mencionado contraste era *injusta,* al sentar semejante afirmación, partiría, en realidad, del supuesto de su existencia (2).

El pensamiento de la "CONFORMIDAD CON LO JUSTO" (Richtigheit) implica una representación unitariamente ordenada. "*Justo*" (Richtig) significa tanto como "*unitariamente ordenado*" (einheitlicl geordnet), formando abierto contraste con la cualidad que pudiera señalarse como caractrística de todo caótico y desordenado conglomerado de acontecimientos meramente vividos (Erleben) (3).

La universal diferenciación entre LO JUSTO y LO INJUSTO se aplica necesariamente al QUERER HUMANO (Wollen,) es decir, no solamente a aquel *querer ligante autárquico o inviolable* que

(1) Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie,* párrafo 79, pág. 167.
(2) Stammler, ibid., loc. cit., comp. párrafo 97, págs. 212 y siguientes.
(3) Stammler, ibid., loc. cit., párrafo 79, pág. 167.

Digitized by Google

denominamos *Derecho*, sino asimismo a aquellas otras manifestaciones de la voluntad, las cuales, por carecer de una o varias de las cualidades inherentes al *querer jurídico*, vienen a clasificarse entre las *arbitrarias*, o bien entran en la esfera de *lo convencional*, o, por último, son de las que únicamente *afectan a la interior vida del individuo*, sin llegar a trascender al ámbito de lo social.

En elocuentes párrafos relata el orador hasta qué punto la referida contraposición ha sido admirablemente reconocida y explicada en algún drama de la antigüedad (Antígona), y cuán frecuentemente se nos presenta en la vida real la necesidad de determinar aquellos principios de universal validez que vengan a establecer de modo inconcuso tan fundamental distinción.

Entienden algunos que tal delimitación de conceptos puede ser establecida según las condiciones que nos son conocidas en virtud de nuestro "NATURAL SENTIMIENTO DE DERECHO". Mas semejante principio, recogido y aplicado en alguna que otra sentencia por el Tribunal Supremo alemán (1), implicaría, en puridad, volver al concepto de las IDEAS INNATAS, llegando a admitir con Bierling (2) que "no existe Ciencia del Derecho propiamente dicha sin la presunción de que el espíritu humano está organizado de una manera uniforme", comprendiendo la "*Ciencia de los Principios Jurídicos*" —para los que tal opinan— ciertas fundamentales nociones que no vendrían a ser sino el resultado de una organización mental esencialmente idéntica en todos los seres humanos para la comprensión teórica y práctica del Derecho (3).

Nada hay más contrario a la realidad. El NATURAL SENTIMIENTO DEL DERECHO, si atendemos al proceso de su formación, aparece como producto de la representación individual, en cuya veracidad sería erróneo creer, aun en el caso de que ostentase la cualidad de un QUERER OBJETIVAMENTE EXACTO (sachlich richtiges Wollen) ya que el error objetivo emana, a su vez, del mismo manantial que el subjetivo (4).

---

(1) Vid. Stammler, *Die Lehre von dem richligen Rechte*, pág. 146.
(2) Ob. cit., págs. 147 y siguientes.
(3) Vid. Stammler, ob. cit., ibid., pág. 148.
(4) Stammler, ob. cit., loc. cit.

Digitized by Google

Procede igualmente desechar toda contraposición entre un *Derecho ideal o Derecho de la Razón* y el *Derecho positivo* (1).

Estaría aquél representado por un "*Código Ideal*", cuyas disposiciones tendrían absoluta validez.

Semejante intento, llevado a cabo por la Escuela del Derecho natural, es forzosamente irrealizable, puesto que todo aquello que respecta a la convivencia social y a las normas que la rigen, así como lo que a las necesidades humanas y a los medios para satisfacerlas se refiere, hállase sujeto a perpetuo cambio e irremediables variaciones, no cabiendo determinar norma alguna que por cuanto a su contenido positivo pueda ser establecida "*a priori*" (1).

Cita el conferenciante, en confirmación de su aserto, la opinión de Cathrein, conforme a la cual, el axioma "*suum cuique tribuere*" es un precepto jurídico con contenido positivo, fijamente determinado "*a priori*".

Según se sabe, fué establecido dicho axioma por los romanos como atributo fijo de la "IUSTITIA",, y en ello llevaban razón. Implicaba, por una parte, la firme voluntad de observar fielmente el Derecho estatuído y, ante todo, de evitar en lo más mínimo su quebrantamiento en lo futuro, pudiendo, por otra parte, significar también la perseverante resolución de auxiliar a cada cual por medio de la ordenación jurídica, de manera que, conforme a los fundamentales preceptos del Derecho, le fuese atribuído "*lo suyo*". Trátase en ambos casos, según nuestro autor, de fundamentales pensamientos que acompañan un peculiar contenido de reglas jurídicas, pero que en manera alguna vienen a representar por sí solos un contenido positivo de normas jurídicas (2).

La *imagen de lo que debe ser* (Vorbild) el DERECHO JUSTO ha de ostentar universal validez, viniendo a ser, por decirlo así, una *contracción* (*Zusammenziehung*) de material empíricamente obtenido, procurando, no obstante, al mismo tiempo, que permanezca libre en absoluto de las peculiaridades de este último, LO

(1) Stammler, ob. cit., pág. 117.

(2) Vid. Stammler, *Lehre von dem richtigen Rechte*, loc. cit., página 117. Confr. *Wirtschaft und Recht*, párrafo 32, págs. 165-173.

Digitized by Google

QUE SÓLO PODRÁ CONSEGUIRSE PARTIENDO EN SU FÓRMULA Y SU FUNCIÓN DE LA IDEA MISMA DEL DERECHO JUSTO (1).

Acude el conferenciante, para mostrarnos la aplicabilidad de su doctrina, a un caso concreto, el nombramiento de tutor.

El guardador de la persona e intereses de un menor, para poder desempeñar "*bien*" su cometido, ha de ser persona "*buena*". ¿Qué vienen a significar aquí las palabras "*bien*" y "*buena?*". ¿Cómo conseguir llevar a cabo la *contracción de las cualidades* que el caso práctico nos induce a atribuír al *buen* tutor? Logramos, en cierto modo, el efecto deseado, contestando: "será un *buen* tutor el que muestre en sus actos aquella *fidelidad* conforme a la cual han de practicarse los deberes propios de la tutela."

El pensamiento de la *fidelidad* será, pues, el que deba servir de norma una *buena tutela.*

Prosiguiendo en nuestras investigaciones acerca del significado del concepto "*bueno*", liberándolo en absoluto de las peculiaridades inherentes a toda referencia concreta, nos vemos desde un principio impulsados a afirmar que *bueno* no es otra cosa que *moral;* mas semejante identificación de términos a nada práctico conduciría, por lo que al objeto de nuestra investigación interesa. La palabra *moral* (Sittlich) es susceptible de dos acepciones: una, que en contraposición al término "*social*" hace referencia a la interior vida del individuo, y la otra, que, formando contraste con el concepto de lo *inmoral, antimoral* o *malo*, viene a significar "*justo*", hallándonos de nuevo ante el problema sin resolver.

Todas las aspiraciones de los seres humanos, tales como se dan en la realidad, son meramente condicionadas, hallándose determinadas desde su aparición por finalidades limitadas.

Mas estas aspiraciones, de por sí condicionadas, y estas finalidades, a su vez, limitadas, pueden ser encauzadas conforme a una de las dos fundamentales direcciones: o se encauzan teniendo únicamente en cuenta el OBJETO INMEDIATO que persiguen, viendo en él un ÚLTIMO FIN, para cuya consecución sería lícito el empleo de todo medio; o bien SON DIRIGIDAS DE CONFORMI-

(1) Stammler, ob. cit., pág. 280.

Digitized by Google

DAD CON LA LÍNEA RECTA DE LA VOLUNTAD PURA, QUE LLEVA AL INFINITO (1), y sólo en este último caso es cuando cabe hablar de una FUNDAMENTAL CONFORMIDAD A LO JUSTO (grundsaetzliche Richtigkeit) (2).

Es para ello condición indispensable que los actos de nuestra voluntad, exentos de todo rasgo de subjetiva peculiaridad, se basen en el pensamiento de la perfecta armonía de todos los fines humanos.

Mas dicha armonía sólo cabe ser apreciada como anticipación de la íntegra condicionalidad de la experiencia en este orden de cosas; es decir, que se trata de una IDEA, la cual, a manera de estrella polar, que jamás puede ser alcanzada, sirve de guía al navegante, librándole de toda desorientación y de todo escollo.

SEXTA CONFERENCIA

Para demostrarnos hasta dónde puede llegar el escepticismo en materia de Filosofía del Derecho, nos relata el orador cómo Carneades, en el año 145 a. d. C., pronunció en Roma un laudatorio discurso de la Justicia, profiriendo al día siguiente otro en tono netamente contradictorio al primero, proponiéndose demostrar en este último que no existía la justicia, de igual modo que, según él, no existía la verdad.

En esta alegación es donde podemos hallar un ejemplo de la fundamental contradicción en la que forzosamente ha de incurrir todo escepticismo radical al *afirmar ser cierto que no existe la verdad.*

Fácil nos será, sin embargo, demostrar frente a Carneades, cómo EXISTE UNA NORMA Y MEDIDA CIERTA que sirve de indispensable criterio ordenador de la actividad y de la vida social: LA IDEA, ya enunciada, DE LA JUSTICIA.

Volvamos a la idea de la voluntad pura. Aplicada a la interior vida del individuo, se manifestará en la pureza de las intenciones, que únicamente es la que podrá proporcionarnos aquel

(1) Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 80, pág. 170.
(2) Ibid., pág. 171.

Digitized by Google

grado de perfección que culmina en *la más elevada felicidad de los seres humanos*, al decir de Goethe (1): *"la personalidad"*.

Aplicada la idea de la voluntad pura a la VIDA SOCIAL, no debemos olvidar que se trata de un QUERER LIGANTE, afectando al cumplimiento de fines que han de subordinarse unos a otros conforme a una ley suprema, la cual, a su vez, deberá excluír de un modo absoluto todo intento de arbitrariedad, que pudiera tener su origen en el querer subjetivo y desligante de cualesquiera de las partes. Muy por el contrario, será ineludible que, para conseguir la armónica ordenación de todas las actuaciones, conforme a la idea de la voluntad pura, sean considerados todos los actos de voluntad en su mutua dependencia y recíproca condicionalidad, puesto el pensamiento en el *ideal social*, cuya expresión y última fórmula es para nuestro autor la COMUNIDAD PURA, o sea a aquella *comunidad de hombres, libres en la actuación de su voluntad* (*Gemeinschaft frei wollender Menschen*), ya que en tan perfecto estado social los seres ligados se verían elevados por encima de su carácter de recíprocos medios, ostentando cada cual únicamente en la mútua actuación de las voluntades el carácter de *fin propio* (Selbstzweck) (2).

¿Cuáles serán los actos —cabe preguntarnos— que contravienen al supuesto de la comunidad pura? Todos aquellos en los cuales la interdependencia y mutua determinación entre los sujetos, que en los mismos intervienen, sea de indole tal, que el egoísmo de uno o varios de ellos sea el que, en definitiva, predomine. Tal ocurre, en primer término, con los contratos usurarios, adoleciendo de idéntico esencial defecto las convenciones unilaterales en las que las ventajas se estipulen únicamente para una de las partes, no debiéndose omitir aquellas otras que, aunque aparezcan con el carácter de bilaterales, hayan sido celebradas con ánimo de favorecer a uno de los contratantes en perjuicio del otro (3).

---

(1) Vid., *Goethe Werke*, ed. Hesse Leipzig, tomo V, pág. 64. *West-Oestlicher Divan*, poesía titulada "Suleika", termina con las palabras: "la mayor felicidad de las criaturas humanas sólo es la personalidad."

(2) Vid. Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 92, pág. 199.

(3) En este lugar no dejaremos de mencionar el interesantísimo problema de las *limitaciones a la libertad contractual* (Stammler, *Lehr-*

Digitized by Google

Por último, son dignos de particular mención en este lugar los denominados "*casos de abuso en los derechos de familia*"; es decir aquellos en que las personas sometidas a la autoridad marital, paternal o tutelar dejen de ser respetadas como corresponde a seres racionales considerados como propio fin (Selbstzwsck) para ser en alguna forma sacrificados al egoísmo de las personas bajo cuya potestad se encuentren, que en tal concepto los llegarían a tratar como meros MEDIOS para el logro de sus subjetivas aspiraciones, CONTRARIANDO de este modo abierta y descaradamente EL SUPUESTO DE LA COMUNIDAD PURA (1).

Lo mismo para el poder legislativo, que establece las leyes, que para el judicial, que las interpreta, el pensamiento de la comunidad pura ha de imponer un criterio de *igualdad de tratamiento jurídico*. Cometeríamos, empero, un gravísimo ERROR si pretendiésemos APLICAR DICHA IGUALDAD EN EL SENTIDO DE la CUANTITATIVA Y REGULAR DISTRIBUCIÓN DE TODOS LOS GOCES, pues semejante supuesto vendría a hallarse en evidente desacuerdo con

---

buch, párrafo 160, págs. 318 y sigs.), verdadera *acción tutelar del legislador*, cuya esencial finalidad no puede ser otra que la de evitar que, al amparo del Derecho positivo, puedan crearse obligaciones, cuyo cumplimiento ocasione el predominio del egoísmo de alguno de los contrayentes.

Puede llevarse a cabo dicha actuación tuitiva por medio de dos clases de medidas:

1.ª Establecimiento de disposiciones legales que especifiquen el contenido de los negocios jurídicos considerados como nulos, estableciéndose, en ciertos casos, verdaderas sanciones penales para los contraventores, así como otros preceptos de obligatoria observancia que sirvan de garantía para la aplicación de las anteriores normas.

2.ª Prohibición general de todo negocio jurídico que por aparecer como *fundamentalmente desestimable* (grundsaetzlich verwerflich) por ser contrario al fundamental pensamiento de todo lo posible Derecho, deba ser incluído entre los *contrarios a las buenas costumbres*, que en ningún caso puede permitir el legislador.

Es más, si consideramos que la palabra *moral* (sittlich) no significa, en puridad, más que *fundamentalmente justo*, podemos identificar la denominación antes enunciada de actos *fundamentalmente desestimables* con la de actos *contra las buenas costumbres*, como denominaban los romanos esta clase de negocios jurídicos (Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 162, pág. 320).

(1) Vid. Stammler, *Lehrbuch, párrafo* 165, pág. 324.

Digitized by Google

el pensamiento de la COMUNIDAD PURA, ya que caería, por completo, dentro de la demarcación de aquellas doctrinas llamadas EUDEMONISTAS, con las cuales, por los motivos que veremos, no podemos menos de mostrarnos disconformes.

Entre los numerosos intentos que aparecen al través de la Historia de la Filosofía del Derecho, encaminados a hallar una satisfactoria denominación para aquel fundamental principio ordenador y directivo que caracteriza LA IDEA DEL DERECHO, son dignas de especial mención las doctrinas denominadas EUDEMONISTAS, en atención a su común nota característica, que puede decirse estriba en la afirmación, según la cual, consiste la esencial misión del legislador en el logro de la mayor felicidad posible para sus súbditos.

Para BENTHAM (1748-1832), por ejemplo, es llevado a la realidad el pensamiento del bien. cuando una acción conduce a la felicidad personal, y, en tal concepto, consistirá la última finalidad de la actuación jurídica en procurar redundar en UTILIDAD de todos los súbditos o al menos en conseguir la felicidad del mayor número de ellos (1).

Incuestionablemente mayor es el rigor lógico de la doctrina endemonista de ROUSSEAU (1712-1778), el cual, al considerar la ordenación jurídica a manera de *contrato social* existente entre miembros de igualles derechos, siendo la finalidad de la sociedad en esta forma estatuída, la realización de la *voluntad general,* parte del supuesto que esta "voluntad general" ha de ir necesariamente encaminada al logro de la felicidad de todos los seres humanos (2).

Refiriéndose de nuevo a los tratadistas ingleses de tendencias eudemonistas, recuerda nuestro autor cómo para ambos STUART MILL el fin de la Justicia estriba asimismo en conseguir la prosperidad y felicidad del mayor número posible de súbditos.

Pero tales finalidades —alega el conferenciante— nunca podrán, *de por sí,* ser *objetivamente justas,* ya que es frecuentísimo el caso, que personalmente se muestre el anhelo de ver realizada determinada finalidad, aun cuando ésta pueda carecer de objetiva

(1) Vid. Stammler, *Lehrbuch,* párrafo 15, pág. 33.
(2) Vid. Stammler, párrafo 15, ibid.

Digitized by Google

justificación. Tampoco cabe confundir la *dicha interior*, expresión de la paz y armonía en el ánimo de la persona, que obra a impulsos de una voluntad pura, y la *dicha exterior*, término, como es sabido, de una significación harto relativa.

No por eso hemos de entender que la persecución de la felicidad *exterior* —bien entendido— y de la prosperidad de los súbditos se excluya de nuestra consideración; por el contrario, deberán ambos perseguirse por el Derecho, pero guiado éste por la idea de la Justicia.

LA FALTA ESENCIAL COMETIDA POR EL EUDEMONISMO SOCIAL ESTRIBA EN CONFUNDIR lamentablemente LA MATERIA A INVESTIGAR, o sea *la aspiración de cada cual a la mayor dicha posible*, CON EL SUPREMO MÉTODO ORDENADO Y DIRECTIVO, esto es, *con el fundamental pensamiento de la comunidad pura* (1).

Para terminar, nos relata el conferenciante el curioso ejemplo de una obra, escrita con buenos propósitos, pero en la cual aparece omitido el punto de vista crítico de la *idea del Derecho*.

MANDEVILLE, al plantear en 1705 en su *"Fábula de las Abejas"* el problema acerca del criterio que permita juzgar de la prosperidad de un Estado —que él representa por una colmena—, entiende que estriba ésta en la abundancia de dinero y bienes materiales. Comete, además, un error más grave.

Al *no orientarse* Mandeville *según el ideal de una comunidad pura*, resulta que ninguna de las vicisitudes por las que atraviesa la vida colectiva de las abejas por él relatada puede, en concepto alguno, estimarse envidiable para las colectividades humanas (2).

SEPTIMA CONFERENCIA

En la anterior conferencia hicimos oportunamente resaltar aquella ineludible contradicción en que fatalmente había de incurrir todo partidario del escepticismo fundamental. Es, no obstante, curioso de observar cómo en los últimos tiempos han surgido tratadistas que perseveran en mantenerlo, a pesar de ado-

(1) Stammler, *Lehrhuch*, párrafo 93, pág. 202.

(2) Confr. Stammler, ob. cit., párrafo 96, pág. 210, nota segunda.

Digitized by Google

lecer sus doctrinas, por razones que veremos, de un evidente defecto de superficialidad.

Establecen estos autores una primordial diferenciación entre HECHOS REALES DE LA VIDA SOCIAL y JUICIOS DE VALORACIÓN. Aquéllos pueden ser objeto de estudio, ya que caben ser demostrados con certeza; los juicios de valoración, en cambio, carecen de todo carácter científico (1).

Corresponde, ante todo, dilucidar claramente el concepto del HECHO REAL (Tatsache) que nuestro autor define como CONTENIDO DEL CONOCIMIENTO DETERMINADO DE UN MODO INEQUÍVOCO (eindeutig bestimmter Bewusstseinsinhalt).

No puede, pues, en manera alguna consistir esta REALIDAD en meras impresiones del sentido, sino que han de ser estudiadas y RECONSTRUÍDAS, por así decirlo, por nosotros mismos, antes de que puedan ser tenidas por tal HECHO REAL (Tatsache). Así únicamente es como llega la realidad a ser un contenido propio y determinante de nuestra conciencia.

¿En qué se basan, pues, los escépticos para afirmar *a priori* que nuestra conciencia es incapaz de construír, según la formal exigencia de la absoluta unidad, el contenido de los fines humanos? Fijémonos cómo, por otra parte, otorgan a los hechos reales de la vida social, que no vienen realmente a ser otra cosa que el producto de la recíproca ligazón de múltiples fines humanos, cierto carácter científico. Para contestar debidamente a la referida pregunta, hemos de atenernos a la fundamentalísima distinción entre la *forma*, o sea el MÉTODO CONDICIONANTE y la *materia*, o sea las PARTICULARIDADES CONDICIONADAS.

Tratándose de FORMAS PURAS DEL PENSAMIENTO, la rectitud será absoluta y, en su virtud, realizable la construcción unitaria del contenido de nuestra experiencia.

Mas en el momento que ya no se trate de formas puras, sino de las LEYES NATURALES en las que de un modo uniforme hemos conseguido reproducir particulares determinaciones de la experiencia sensible (por medio de los llamados *experimentos*, al in-

---

(1) Vid. Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 97, pág. 213, nota 4.ª, referente a los trabajos de *M. Weber* sobre objetividad del conocimiento en la ciencia y la política sociales.

Digitized by Google

vestigar las leyes de la Física, por ejemplo), en tales casos, ya NO CABE LA RECTITUD ABSOLUTA (según los partidarios de este moderno escepticismo) SINO LA MERAMENTE OBJETIVA, puesto que nuestro estudio queda reducido a observaciones del mundo finito. Dentro del fenómeno a que se limita nuestro experimento, sabemos que rige la ley natural; pasados los límites de nuestra observación, sólo cabe aplicar juicios subjetivos.

Semejante CRITERIO DE RELATIVIDAD acerca del valor del conocimiento científico no ofrece, evidentemente, por sí solo,, nada digno de ser notado de original. El fundamental error de los modernos juristas partidarios del escepticismo consiste —en opinión de Stammler— en pretender atribuír a los hechos reales de la vida social el carácter de fenómenos de la naturaleza, sin comprender, que no son sino un complejísimo aspecto de la multilateral colaboración entre los varios fines humanos.

Cabe, por consiguiente, desechar la diferenciación entre HECHOS REALES y JUICIOS DE VALORACIÓN establecida por los modernos escépticos, quienes, a mayor abundamiento, hacen caso omiso del fundamentalísimo concepto de la JUSTICIA que ha de ostentar todo acto realizado a impulsos de una voluntad pura, basado, como lo está, dicho concepto en un pensamiento tan bien demarcado y definido como el de la posibilidad de alcanzar una perfecta armonía entre todos los contenidos infinitamente variados de las voluntades humanas (1).

Donde el escepticismo precrítico contemporáneo ha llegado a mostrarse con mayor grado de exageración, especialmente en lo que a la Justicia y al Derecho se refiere, es, sin duda alguna, en el llamado "anarquismo", o sea en aquellas doctrinas cuya común característica consiste en preconizar la ausencia de todo gobierno (2).

Las orígenes los hallamos, indudablemente, en las doctrinas de Proudhon y en las de Stirner (3).

---

(1) Stammler, *Lehrbuch,* loc. cit., pág. 215.

(2) Vid. Stammler, *Die Theorie des Anarchismus,* 1894. Confróntese *Lehrbuch,* párrafo 103, pág. 225.

(3) Vid. Francisco Rivera y Pastor, *Examen crítico de las ideas filosóficojurídicas de Max Stirner,* en REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, núms. 8 y 9.

Digitized by Google

Sostiene PROUDHON, que los hombres están socialmente ligados por la naturaleza, circunstancia que, según él, se manifiesta incluso en los seres inferiores, pues cree en un estado de conciencia existente en los animales, que les determina a juntarse en rebaños, olvidando dicho autor, en opinión del conferenciante, que los seres humanos poseemos el PENSAMIENTO DEL FIN como posible forma que da unidad a la múltiple actuación de las voluntades, concepto que. tratándose de conciencias subhumanas (de admitir la existencia de éstas) no cabe ser referido sino analógicamente.

En cuanto a la hipótesis del llamado ESTADO DE NATURALEZA, es incuestionable que dicho estado, de haber existido, sólo pudo que los hombres se propongan vivir agrupados, es inevitable que suma de subjetivas e individuales aspiraciones (1); y dondequiera que los hombres se propongan vivir agrupados, es inevitable que dichas individuales tendencias aparezcan, como inmediata e ineludible consecuencia del hecho de la agrupación, en aquella mutua y recíproca trabazón propia de toda convivencia social, que es únicamente la que hace inteligibles dichas aspiraciones (2). La prueba más evidente de la impracticabilidad de las doctrinas de Proudhon la hallamos, indudablemente, en el completo fracaso de su Banco de Cambio, cuya efímera vida vino a demostrar la ineludible influencia de las normas que rigen toda cooperación social.

STIRNER, a su vez, en la obra "El Unico y su propiedad", ataca duramente a toda autoridad, no sólo a la que en el Estado y el Derecho reside, sino a la basada en las normas impuestas por la Moral y la Religión.

Establece Stirner como suprema ley la absoluta libertad de todo ser humano, tal como ésta se manifiesta en la inmediata intuición de la conciencia sensible de cada individuo, declarándose enemigo del Derecho por oponerse este último a tan ilimitado arbitrio. Las reglas de la vida social, cuya existencia no niega, han de ostentar un carácter meramente convencional.

La fundamental contradicción en que incurre Stirner consiste evidentemente, aparte de la inherente a todo escepticismo, en

(1) Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 104, pág. 227.
(2) Vid. Stammler, ibid., párrafo 34, pág. 71.

Digitized by Google

considerar como *suprema ley* los anhelos y caprichos individuales en su inconstante e infinita variedad, que es lo que inevitablemente le conduce a renegar de toda legislación dictada con carácter general y de obligatoria observancia. Olvida asimismo la fundamentación crítica de dicha teoría, que por sí sola implica un peculiar punto de vista en la apreciación de la interesantísima cuestión acerca de la necesidad y último fin que pueden justificar la existencia del ligamen jurídico, gráficamente denominado por nuestro autor *el problema del derecho del Derecho* (1).

La sociedad humana no está caracterizada para Stirner como el "estado de naturaleza", según Hobbes y Kant por la "guerra de todos contra todos", ya que no faltarían normas de carácter convencional que, si bien careciesen de aquel inviolable y autárquico carácter propio de las jurídicas, serían por sí solas suficientes, por las razones aducidas, para el normal desenvolvimiento progresivo de la Humanidad.

Sería incurrir en exagerado optimismo el pretender alegar con carácter general, que el Derecho tiene por peculiar función la de hacer mejores a los hombres; esto es una cuestión a debatir, y tampoco debemos olvidar, por otra parte, la posibilidad de que exista un *mal derecho*, es decir, ciertas normas que, aun ostentando el carácter de jurídicas, pudiesen contrariar en alguna forma la aspiración al logro de la armonía social, por no haber sido tenida debidamente en cuenta esta suprema finalidad al dictarse la referida regla de Derecho.

Para hallar la esencial característica de la norma jurídica, recordemos, como en anterior ocasión (2) demostramos que, en oposición a lo que acaece en los actos del poder arbitrario y en la norma convencional, el vínculo en la regla de Derecho aparece CON CARÁCTER PERMANENTE, obligando y apreciando al sujeto a manera de un QUERER INVIOLABLE, en consecuencia de lo cual llega nuestro autor a afirmar que es en la permanente modalidad de la convivencia en lo que precisamente consiste la esencia del Derecho (3).

(1) Vid. Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 103, pág. 215.

(2) Vid. Tercera conferencia en REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, núm. 22, pág. 134.

(3) Vid. Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 107, pág. 231, línea 16: "Da-

Digitized by Google

La existencia social jurídicamente determinada se halla, pues, asentada (gesetzt) con carácter permanente en su consistencia formal, gracias al Derecho, y únicamente las modalidades de su contenido, condicionadas por la materia, son las que se encuentran sometidas a la transformación histórica (1).

Sólo gracias al ligamen jurídico es como, por consiguiente, se hace posible dar a la vida social de los hombres aquel carácter de universal validez y conseguir la perfecta conformación (Ausgestaltung) de la misma conforme a legitimidad (gesetzmaessig).

Mas aún ofrece otro interesantísimo aspecto el PROBLEMA DEL DERECHO DEL DERECHO, es el valor igualmente inapreciable que ostenta el Derecho para la investigación de los fenómenos sociales, empíricamente observados en la vida real de las colectividades humanas, pudiendo, gracias al mismo, aplicado a manera de ESCALA GRADUADORA, apreciar la legitimidad de estos fenómenos. En facilitarnos esta ESCALA, que ostente universal validez para averiguar si alguna interna contradicción prevalece en la vida de una colectividad humana, estriba precisamente el *fin del Derecho* (2).

OCTAVA CONFERENCIA

Hace ya varios lustros que el buen juez Magnaud profesó una doctrina extraordinariamente libre sobre la misión y el alcance de la jurisprudencia. A pesar de los obstáculos, al parecer infranqueables, que en la mayoría de los casos oponían las leyes vigentes a la aplicación de su peculiar criterio acerca de las más diversas instituciones jurídicas, es bien sabido hasta qué punto se esforzaba el conocido Magistrado en amoldar al dictar sus sentencias lo que para él eran imperiosas exigencias de la vida real a los rígidos preceptos legales y los emanados de una jurisprudencia inevitablemente casuística, que en muchas ocasiones contrariaba sus íntimas opiniones.

Repetidas veces llegó a absolver a los que, impulsados por el

---

gegen besteht das Wesen des Rechts in der bleibenden Weise des Zusammenlebeus."

(1) Vid. Stammler, ibid., loc. cit.

(2) Vid. Stammler, *Wirtschaft und Recht*, párrafo 72, pág. 391.

Digitized by Google

hambre, habían mendigado o cometido delito de hurto, afirmando, para fundamentar su fallo, que en una sociedad bien organizada nadie debe pasar hambre sin culpa suya. En la jurisdicción civil se erigió en defensor de los derechos de la mujer sobre su patrimonio peculiar, y siempre amparaba los derechos del público frente a las empresas industriales.

La manera de proceder Magnaud ha sido diversamente apreciada. Para unos era *"le bon juge Magnaud"*, mientras que casi todos los juristas prácticos se mostraban disconformes con su actuación, consistente, bien en fallar en ausencia de ley, arguyendo que el caso en cuestión no era de los expresamente previstos por el legislador, o bien en aducir fundamentos de orden general no contenidos en ningún precepto legal vigente, como el empleado en el caso antes citado, con el fin de absolver a los reos de hurto motivado, en su opinión, por un estado de necesidad, llegando en semejantes casos a proceder contra lo legalmente prescrito. En cuanto a la fundamentación filosófica doctrinal que se elevase sobre los puntos de vista meramente polémicos y diera un carácter unitario a la actuación tan variada del juez Magnaud, sólo podemos lamentar su ausencia.

En Alemania se desarrolló hará veinte años un movimiento análogo con completa independencia de la actuación de Magnaud. Este movimiento denominado de la *"jurisprudencia libre"* sostuvo la absoluta libertad del Tribunal con respecto a las ley; pero tampoco llegó a explicar con claridad este principio ni su fundamentación científica.

Hemos de distinguir, al proceder al estado crítico de estas corrientes, un doble contenido en las mismas: la DOCTRINA PRÁCTICA y la CONCEPCIÓN TEÓRICA.

En el ASPECTO PRÁCTICO propugna la jurisprudencia libre la abolición de toda disposición de DERECHO RESOLUTIVO (Zwingendes Recht) (1), es decir, que aquellas no pueden ser cambiadas por la autoridad judicial ni por las partes.

Sólo se mantendrían vigentes las DISPOSICIONES DISCRECIONALES (2), en las que hemos de distinguir dos grupos:

(1) Vid. Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 143, pág. 292.
(2) *Nachgiebiges Recht*, vid., ob. cit, ibid.

Digitized by Google

a) Aquellos en los que el legislador deja alguno de los términos abstractamente expresados para que el juez, en vista del caso concreto que se presente y de las circunstancias que en el mismo concurran, determine el propio contenido. Cita el conferenciante a este propósito el arbitrio en que debe dejarse al Juez para que falle guiado conforme a los *supuestos de la buena fe* (1), recordando, a este efecto, las facultades particularmente amplias que el Código Civil alemán concede a los Tribunales para demorar la devolución del inmueble arrendado cuando el arrendatario que lo habita se encuentre enfermo.

Indudablemente perteneció a esta especie de normas jurídicas discrecionales las que aparecían establecidas en los Edictos de los Pretores, si bien éstos quedaban ligados, durante todo el tiempo que durase su Magistratura, a las disposiciones del Edicto dado al comienzo de la misma.

b) Pertenecen asimismo a las disposiciones discrecionales aquellas, en que el legislador deja a las partes completa libertad de regular ellas mismas el contenido de los pactos, y se limita a estatuír con carácter supletorio.

Sólo con recordar cuán importantes son las instituciones que, gracias a una rigurosa observancia de rígidos preceptos formularios pueden desempeñar la función que les está encomendada en la vida jurídica, (como acaece con la letra de cambio, el cheque y los demás documentos regulados por las leyes comerciales), y cuantas otras, como las que regulan el Registro de la Propiedad y las de Derecho Testamentario, adquirirían un carácter de lamentable inseguridad si se les pretendiera despojar del indispensable formulismo, se nos alcanza la dificultad que existe para llevar a la práctica los anhelos de los partidarios de la jurisprudencia libre y cuán meditada y prudente ha de ser toda reforma parcial y fragmentaria que en este sentido pretenda llevarse a cabo.

¿El movimiento iniciado por los defensores de la "jurisprudencia libre" se halla en condiciones de espiritualizarse? Podemos, desde luego, contestar afirmativamente a esta pregunta;

---

(1) "Treu und Glauben", vid., Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 141, pág. 287.

Digitized by Google

pero para ello es requisito indispensable contemplar la función judicial desde el punto de vista de la libertad racional, con referencia a un método de conocimiento que ostente valor científico. Sólo de este modo es como podemos llegar a establecer una DOCTRINA DE LA SUBSUNCIÓN (1).

Existen dos modos de concluír en Derecho:

a) LA CONCLUSIÓN MEDIATA.

La PREMISA MAYOR está constituída por un juicio hipotético, en el que queda propiamente expresada una norma establecida por la legislación positiva. El conferenciante cita por ejemplo el precepto jurídico según el cual *la posesión de la cosa se extingue por la pérdida del poder efectivo de disposición sobre la misma.*

La PREMISA MENOR la constituye el caso concreto en cuestión: *A, poseedor de la cosa, ha perdido semejante poder de disposición.*

La CONCLUSIÓN significa la aplicación del juicio hipotético al caso concreto: *luego A ha perdido la posesión.*

Una dificultad primordial existe para esta conclusión mediata y estriba en establecer con rigor el hecho de la premisa menor, cosa nada fácil si se tiene en cuenta la falta de precisión de que frecuentemente adolecen los preceptos establecidos por las legislaciones positivas, irremediable imperfección, que sólo con ayuda de una constante jurisprudencia, acertadamente encauzada, puede ser subsanada.

CONCLUSIÓN INMEDIATA.

Frecuentemente se nos presentan en la vida jurídica casos de subsunción, ya en cierto modo discernidos (1), es decir que, bien por inferirse de las pretensiones fundamentadas y de las conclusiones que formulan las partes, por las resultancias de las pruebas practicadas en el curso del juicio, o por cualesquiera otras circunstancias, aparece en cierto modo discernida ante el juzgador, aunque sea en forma de juicio hipotético, con presunciones

(1) Vid. Stammler, *Lehrbuch,* párrafo 139, pág. 286.

(2) Consiste, según nuestro autor, la *subsunción* o *conclusión jurídica* en derivar un fallo o resolución judicial de presunciones dadas de un modo general (das Ableiten eines rechtlichen Urteiles aus allgemein gegebenen Voraussetzungen).

Digitized by Google

y consecuencias condicionadas, la posible ecuación entre los hechos a enjuiciar y las normas emanadas del ideal social, desenvueltas con mayor o menor acierto por el derecho positivo (1).

En su "Lehrbuch" (2), cita Stammler, entre otros ejemplos de conclusión inmediata, el siguiente:

PREMISA MAYOR. Si una de las partes concede a la otra, en virtud de contrato, la libre disposición sobre cuerpo y bienes, el negocio jurídico es nulo (Código Civil alemán, párrafo 138).

PREMISA MENOR: A, en virtud de contrato, ha concedido a B facultades que demostradamente implican la libre disposición sobre cuerpo y bienes.

CONCLUSIÓN: El negocio jurídico es nulo. Esta conclusión se denomina INMEDIATA, porque la premisa menor, que representa el acto especial de voluntad, que se trata de ordenar, no aporta en su contenido nada nuevo en relación con la premisa mayor, no viniendo sino a dar como supuesto que se ha verificado la hipótesis de la premisa mayor, y ésta viene entonces, como indicamos anteriormente, discernida, puesto que *ya no se trata en ella de un hecho hipotético*, sino del reconocimiento de la *idea incondicionada del Derecho* (3).

NOVENA CONFERENCIA

La finalidad práctica del ideal jurídico no sólo ha de referirse a la esfera individual, sino que también ha de abarcar la esfera social, y no siendo la POLÍTICA otra cosa que la ACTIVIDAD ENCAMINADA A LA OBTENCIÓN DE SITUACIONES SOCIALES BUENAS, cabe en este lugar hacer referencia a la finalidad política del ideal jurídico (4).

---

(1) La doctrina de la *subsunción inmediata* tiene tal vez su más interesante y elevada aplicación para el caso, en que la posible ecuación entre la disposición legal y los hechos a enjuiciar aparezca *ya discernida por la sentencia de un Tribunal inferior*. (Recursos de apelación y casación, en particular los de casación por *infracción de ley o doctrina legal*.)—(Nota del traductor.)

(2) Vid. Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 141, pág. 289.

(3) Vid. Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 142, nota cit.

(4) Comp. Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 169, pág. 334.

Digitized by Google

Interésanos primeramente determinar las condiciones permanentes que se requieren para que, conforme a las normas sentadas en los precedentes capítulos, podamos denominar *buena* la situación en un momento social determinado.

Este es el problema que planteó en términos de gran claridad PLATÓN en su admirable ensayo de modelo ideal del Estado, diferenciando con incomparable acierto lo que es objetivamente bueno y aquello otro que sólo posee el valor de ser la expresión de las tendencias o anhelos subjetivos de algunos o de muchos es decir, contraponiendo la cualidad a la cantidad (1). Para Platón la *democracia* (tomada la palabra en la acepción literal griega) implica el predominio de las masas como única y suprema norma directiva de la política, quedando de este modo suplantado con harta facilidad el pensamiento incondicionado de la Justicia, (que es el que en todo lugar y momento ha de prevalecer en la gobernación del Estado) por una suma de finalidades condicionadas (2).

Idéntico es, en lo tocante a este problema, el criterio sustentado por ARISTÓTELES en su *Política* (especialmente en los libros VII y VIII) al hacer resaltar la innegable contradicción que lleva en sí el principio del predominio de las masas y desechando, en consecuencia, el principio de mayorías como base para un método de Gobierno justo.

A pesar de su gran clarividencia no han llegado ni Platón ni Aristóteles —en opinión del conferenciante— a dar una determinación positiva y concluyente de lo que es JUSTICIA, ni tampoco han conseguido señalar las cualidades inherentes a la POLÍTICA, entendida como ciencia.

La idea no es creadora y por sí misma ninguna materia nos puede proporcionar. La materia de la vida y actividad social nos está dada por la naturaleza, y nosotros sólo hemos de aspirar a determinarla en unidad y someterla a método científico. Lo mismo en cualquier argumentación de carácter meramente jurídico que en toda observación que se refiera a relaciones socia-

---

(1) Vid. Platón, *República*, libro I.

(2) Vid. Platón, *República*, lib. cit.; comp. Stammler, *Lehrbuch*, nota 14 al párrafo 91, pág. 197.

Digitized by Google

les, conviene no olvidar que se trata de actos de la voluntad humana. Nada tenemos que ver en semejantes casos con investigaciones científicas del mundo corporal, sino que lo que interesa es la *ordenación de los contenidos de voluntades,* los *pensamientos determinantes de fines y medios* (1).

Poco importa, para el objeto de nuestra investigación, que dentro de las discontinuas masas uniformes, en las que aparecen distribuídos los hombres, sometidos a las normas que rigen su actividad social, predominen en un momento dado las tendencias que pudiéramos denominar renovadoras o las que, por el contrario, propugnan a conservar y defender el estado jurídico preexistente. La sucesión alternativa de ambas tendencias en la evolución de la vida social nada nos dice acerca de su bondad. La JUSTIFICACIÓN, conforme a principios de una de las tendencias adversas en un momento histórico determinado, sólo la podemos hallar como EMANADA DEL IDEAL DEL DERECHO. Cabe aplicar en este caso cuanto en anteriores ocasiones dijimos acerca de la indispensable condición para la armónica coexistencia de todas las aspiraciones humanas, que sólo podemos hallar en *la idea de la pureza de la voluntad,* la cual aplicada, a su vez, al *querer ligante,* implica el *pensamiento de la comunidad pura* (1). He aquí el último fin y fundamento del arte político.

La dirección científica de la política no podrá, a su vez, ostentar otra finalidad que la de observar la materia de la vida social en la unidad de sus fenómenos colectivos, formando juicio acerca de si en su línea directriz determinante se hallan éstos regidos conforme al punto de vista del *ideal social,* o si, por el contrario, es un pensamiento de carácter *subjetivista* el que da la pauta (3). De evidenciarse esto último, será cuando el jurista científico se verá en la obligación de determinar —propugnando al efecto, conforme lo aconsejen, en cada caso, las circunstancias históricas, las reformas legislativas oportunas— aquella ordenación jurídica que permita esperar, con alguna probabili-

(1) Vid. Stammler, *Lehrbuch,* pág. 336, párrafo 169, comp. nota 6.

(2) Vid. Stammler, *Lehrbuch,* pág. 336, párrafo 169; confr. pág. 200, párrafo 92.

(3) Stammler, *Lehrbuch,* párrafo 169, pág. 336; confr. nota 8.ª al mismo.

Digitized by Google

dad, en tiempos posteriores, un mejoramiento del estado social en el sentido del IDEAL DE LA COMUNIDAD PURA (1).

Dedica por último, el conferenciante algunos elocuentes párrafos a refutar la tendencia que pudiéramos llamar *igualitaria* y que, en realidad, viene a cometer el lamntable error de pretender sustituír el ideal de la justicia, suprema e inalcanzable finalidad de toda actividad social, debidamente dirigida por un fin meramente condicionado y material como es el que persigue aquella aspiración a una *igualdad exterior,* cuyo origen hallamos en la conocida teoría de Christian Wolff, conforme a la cual los hombres nacen iguales por naturaleza (2).

Las objeciones que, aparte de la enunciada, opone el conferenciante a esta tendencia, caben resumirse en la forma siguiente:

1.ª La misma naturaleza hace que, dentro de las cualidades comunes inherentes a la especie, los seres humanos aparezcan, individualmente considerados, como anteriormente desiguales, tanto bajo el aspecto fisiológico (diferencias de sexo, edad, estado de salud, etc.), como en lo que a las cualidades psicológicas respecta (influencia de la clase social a que pertenecen, rectitud de intenciones, etc.), lo que, a su vez, es motivo de muy diversas disposiciones psíquicas para el *conocer* y el *querer* (3).

2.ª Esta desigualdad es, en cierto modo, beneficiosa (4), si se tiene en cuenta que no deja de constituír un *estímulo* individual que desaparecería en el caso de realizarse la fantástica ilusión de una perfecta igualdad cuantitativa.

3.ª La exigencia de una igualdad externa es teóricamente falsa, pues aplicada en sentido cuantitativo implicaría una distribución por igual de todos los goces, lo que significa un lamentable error inherente a toda doctrina de carácter *eudemonista.*

---

(1) *Ibid.,* pág. 337.

(2) Christian Wolff, *Institutiones juris naturae et gentium,* 1750, lib. I, cap. 3, párrafos 46, 70, 95. Confr. Stammler, *Lehrbuch;* párrafo 15, nota 4, pág. 32.

(3) Stammler, *Lehrbuch,* párrafo 171, 1, pág. 342.

(4) Vid. ibid., párrafo cit., 2.

Digitized by Google

4.ª El concepto de la igualdad, así entendido, no es susceptible en manera alguna (aun desprovisto de todo vestigio de *eudemonismo*), de ser aplicado a título de criterio normativo a los casos jurídicos prácticos y a las instituciones de Derecho vigente.

Algo verdaderamente valioso podemos, no obstante, hallar en el pensamiento de la igualdad. No olvidemos que existe una excelsa cualidad común a todos los seres humanos, aquella *dignidad* propia de todo miembro consciente de la comunidad humana, cuyo *propio fin* (Selbstzweck) consiste en contribuír en la medida de sus fuerzas a la CONSTANTE Y PROGRESIVA APROXIMACIÓN AL IDEAL DE LA PERFECTA CONVIVENCIA SOCIAL, impulsado por la idea de la Justicia.

A esta suprema finalidad es a la que asimismo ha de encaminarse toda actuación política que se halle científicamente dirigida.

DECIMA CONFERENCIA

La vida social de los hombres se halla sometida, en cuanto a su materia se refiere, a incesantes modificaciones.

Corresponde a la Ciencia de la Historia el estudio sistemático y detallado de los sucesos históricos, consistiendo la misión indudablemente más elevada de esta importante rama del saber humano en considerar las transformaciones, determinadas por dichos sucesos en la vida de las colectividades humanas, en la unidad de su evolución y aspirando en último término a hallar aquel pensamiento fundamental unitario, al que pueda ser sometida para su observación la variadísima e ilimitada multitud de los fenómenos históricos (1).

Los métodos científicos para la investigación de particularidades históricas se determinan por una triple característica (2).

¶ 1. LA CARACTERÍSTICA TELEOLÓGICA DE LA HISTORIA SOCIAL.

La Historia de las colectividades humanas se halla condicio-

(1) Vid. Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 177, pág. 360.
(2) Vid. Stammler, ibid., párrafo 175, págs. 355-358.

Digitized by Google

nada por el Derecho; éste, a su vez, no es, como ya sabemos (1), sino una modalidad del querer humano. Todo acontecimiento de la Historia jurídica (2) es en su contenido necesariamente un QUERER (Wollen) que, a su vez, era FIN PARAR EXIGENCIAS (Forderungen) que le precedieron,, y que al mismo tiempo es MEDIO PARA NUEVOS FINES, para cuyo logro ha de servir.

En cuanto una tendencia o aspiración humana, con el pensamiento condiciones del querer jurídico, hace su aparición en la realidad *sensible,* es indudable que en tanto intervienen los factores *fisiológicos* es susceptible de una explicación *causal,* pero esta consideración, que ofrece indudable interés para comprender la actuación de determinadas personas, no satisface el *propósito de la investigación histórica,* consistente en *lograr la interpretación de los acontecimientos, teniendo en cuenta su aspecto característicos de fines y medios* (3).

2. La caracteristica analitica de la Historia social.

No existe meramnte una Historia, sino la historia de algo, ya que toda investigación histórica ha de referirse al desenvolvimiento (Werden) de cosas suya existencia presupone. Cuando se habla de HISTORIA sin aditamento ni adjetivo alguno, se trata, por ergla general, de la HISTORIA SOCIAL. Y es sobre la sólida base de la existencia SOCIAL, jurídicamente determinada, como se ha hecho posible toda la cultura humana, aspiración hacia el conocimiento y el querer justos (4).

---

(1) "Rechtsgeschichte, vid. Stammler, íbid., loc. cit , párrafo 175.

(2) Stammler, ibid., loc. cit.

(3) Stammler, ibid., párrafo 175, pág. 356, ap. 2.°

(4) La palabra "Historia" tiene dos significados distintos: 1) Un modo de considerar el desenvolvimiento (Werden) de las cosas, y 2) Un peculiar objeto de la investigación: "La Historia de la Humanidad." Esta última es la que viene, por así decirlo, a proporcionarnos el *terreno común* en el que necesariamente confluyen todas las manifestaciones de la vida individual y colectiva al través de los tiempos, en cuanto todas ellas son de interés para el estudio de la mutua colaboración (Zusammenwirken) entre seres humanos. (Ibid., nota 4.ª, al ap. 2.°)

Digitized by Google

En cuanto al objeto de la Historia, ha de consstir, como es natural, en el estudio de los cambios *no esenciales* sufridos por las cosas al través del tiempo. Al hacer, por ejemplo, la Historia del Derecho nos tendremos que limitar al estudio de las *particularidades* de las instituciones jurídicas en su desenvolvimiento sucesivo.

Es, en cambio, evidente qut lase *formas de universal validez de la apreciación* (Urteilens) *y del pensamiento jurídico* han de considerarse, en su valor normativo (Geltungswert), *permanentes* e invariables, no hallándose en manera alguna sometidas, en cuanto a su propio sentido, a las alteraciones históricas (1).

Mas el referido estudio de las alteraciones no esenciales surgidas al través del tiempo en objetos dterminados necesariamente ha de partir del supuesto que con anterioridad se ha procedido a la INVESTIGACIÓN SISTEMÁTICA de este mismo objeto, sin cuyo requisito la actuación ANALÍTICA sería lógicamente imposible.

La investigación histórica en su aspecto analítico no viene a ser, a su vez, más que el complemento, la ampliación, o mejor dicho, LA PROFUNDIZACIÓN POR EL ESTUDIO RETROSPECTIVO DEL CONOCIMIENTO SISTEMÁTICO DE COSAS DETERMINADAS.

3. La característica experimental de la Historia social.

En toda consideración histórica se procede inevitablemente a comparar. Lo que principalmente interesa al investigador es llegar a conocer la *ilación histórica* caracterizada por el encadenamiento entre un anhelo o una tendencia determinada y los acontecimientos que les sucedieron; de este modo, es evidente que las diversas consideraciones aisladas, que precisamente se hallan en cuestión, serán puestas mutuamente en conexión.

En cuanto a la polémica planteada en tiempos recientes (2) acerca de si corresponde realmente a la misión del historiador la fijación de *detalles* y la descripción de *tipos*, entiende nuestro autor que es de interés completamente secundario, ya que la demarcación entre los acontecimientos aislados y aquellos que po-

(1) Stammler, ibid.,, párrafo 175, ap. 2; pág. 357.
(2) Vid. Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 175, ap. 3.°, nota 5.ª

Digitized by Google

demos denominar *fenómenos colectivos* (Massenerseheinungen) no es de las que puedan ser trazadas de un modo fijo y estable. Podrá el historiador desde luego hacer caso omiso de aquellos individuos y sucesos que aparezcan totalmente aislados del objeto de su investigación; pero, por otra parte, no hay motivo alguno para eliminar de la *Historia de las finalidades humanas* (1) algún que otro acontecimiento, de importancia por su índole especial, aun cuando afecte meramente a la vida de un individuo, en particular en cuanto se refiere a la biografía de alguna importante personalidad histórica. Por lo que respecta a la aplicabilidad de los conocimientos psicológicos actuales y de la experiencia adquirida en la investigación de los fenómenos sociales de nuestros días para enjuiciar actuaciones y acontecimientos que tuvieron lugar en épocas anteriores, corremos el gravísimo *riesgo de* pretender *aplicar la escala amoldada a las circunstancias sociales de la actualidad a las de otros tiempos*, siendo, por tanto, improcedente el empleo de este método psicológico mientras no hayamos esncontrado aquella *escala de universal valides* que permita el cumplimiento de nustro cometido en temor a equivocaciones (2).

En lo que cabe aplicar con mayores probabilidades de éxito el método experimental es, indudablemente, en la invstigación de los acontecimientos históricos por medio de las FUENTES..

Con tal propósito, el historiador puede lógicamente seguir dos diferentes métodos, consistiendo uno de ellos en proceder, sin ninguna presunción, partiendo del conocimiento de las diversas fuentes de que dispone, a la formación de la imagen de conjunto del fenómeno que se trata de investigar, de la que antes nada existía; o bien, y este es el único método verdaderamente recomendable para el historiador, parte de la existencia de semejante imagen de conjunto, formada con ayuda de fuentes anteriormente conocidas, más o menos exactas, o de no haber otra cosa, con las referencias que aporte la tradición, y procede al detenido examen de esta *imagen de conjunto*, que compulsa minuciosamente con ayuda de las fuentes.

---

(1) *Geschichte der sozialen Zwecksetzung.*

(2) Vid. Stammler, ob. cit., párrafo 176, págs. 358-360.

Digitized by Google

Para comprender lo necesaria que es para el historiador esta imagen de conjunto, recordemos lo difícil que nos sería comprender a ningún autor de la antigüedad sin tener previamente idea de lo que era la vida social de aquellos tiempos.

El último de los métodos enumerados es, pues, el que incuestionablemente deberá seguir el investigador experto en materia histórica y al igual que ocurre en las ciencias naturales, en las que *nunca se procede a hacer ensayos al azar, sino* EXPERIMENTOS conforme a un plan, basado en anteriores conocimientos, de la misma manera PROCEDERÁ EL HISTORIADOR, LLEVANDO A CABO SUS INVESTIGACIONES CONFORME A UN PLAN, para luego determinar, tras concienzuda reflexión, si éste se acredita en la realidad y está debidamente fundamentado.

Más la recta aplicación de los referidos métodos determinados por la triple característica, teleológica, analítica y experimental, de la Historia social, únicamente nos proporciona por sí sola el conocimiento de lo que podemos denominar las *particularidades* históricas, esto es, de una variadísima e ilimitada multitud de acontecimientos aislados, los cuales inevitablemente aparecerían en un principio ante nuestra mente como caótico conglomerado.

Impónese, por tanto, LA ORDENACIÓN de estos acontecimientos, para lo cual se ha ideado subdividir la Historia de la Humanidad en períodos de mayor o menor duración, procediendo los historiadores a la narración descriptiva de las características, conforme a las cuales cabe diferenciar entre sí a cada uno de los referidos períodos (1).

Más semejantes rasgos característicos, observados en los fenómenos históricos, sólo podrán ostentar un valor relativo, ya que fatalmente han de referirse a acontecimientos determinados, de un carácter necesariamente condicionado. No será, pues, por este camino por el que nos será dado remontarnos al pensamien-

(1) Sistema seguido entre otros historiadores por Montesquieu y Carlyle, confr. Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 177.

Digitized by Google

to absoluto de un punto de vista de incondicional validez para todo fenómeno histórico imaginable (1).

En cuanto a las *leyes históricas* que algún tratadista contemporáneo ha pretendido ver establecidas (2), y que necesariamente han de partir del supuesto de una posible LEGITIMIDAD (Gesetzmaessigkeit) de la Historia misma, no nos proporcionan asimismo más que ciertas *regularidades* (Regelmacssigkeiten) basadas en observaciones psicológicas, las cuales no vienen a ser sino meras *normas de sabiduría* de limitada significación que en manera alguna nos pueden facilitar el conocimiento de aquel punto de vista incondicionalmente unitario al que pueda ser sometido todo acontecimiento histórico (3).

Para resolver este problema será indispensable partir de la base que la *Historia de la Humanidad no* viene a ser sino la consecuencia en el tiempo de su *voluntad* Después deberá examinarse, de qué manera nos será posible llegar a considerar *todo contenido imaginable* de cualquier aspiración humana que puede aparecer al través de la Historia *como un todo,* y en qué forma resultará hacedero subordenarla *de un modo uniforme* al pensamiento de la completa armonía.

Fracasaríamos, si pretendiésemos hallar esta ley de armonía al través de la natural sucesión de los fenómenos históricos, ineludiblemente sometida a la ley de causalidad. Todo lo más, pudiera este método facilitarnos la explicación de actos aislados, más la uniforme totalidad de la Historia no puede en manera alguna ser considerada como un estado fisiológico, que apareciese como efecto especial de una causa determinante.

Es más, aún al examinar el sucesivo encadenamiento de finalidades bajo el punto de vista de la legitimidad de la totalidad de esta serie, sólo podrá resultar valedera la ordenación que se realice conforme a aquel PENSAMIENTO FUNDAMENTAL que aparezcomo el único adecuado a esta serie de finalidades. Esta LEGITIMIDAD DE LA HISTORIA consistirá, por consiguiente, en la uni-

(1) Stammler, ibid., párrafo 177, págs. 360 y sigs.

(2) Bernheim, *Lehrbuch der historischen Methode* (5 und 6), 1908. *Braun Geschichtliche Bildung und ethische Werte,* 1921. Confr. Stammler, ibid., loc. cit., nota 1.ª

(3) Vid. Stammler, ob. cit., ibid.

Digitized by Google

forme y constante ordenación y dirección de todas las aspiraciones conforme al PENSAMIENTO IDEAL DE UNA COMUNIDAD PURA, característicamente designada también por nuestro autor *comunida de hombres, libres en la actuación de su voluntad* (Gemeinschaft frei wollender Menschen) (1). EXPRESIÓN DE LA PERFECTA ARMONÍA DE TODOS LOS FINES HUMANOS, supremo e inalcanzable ideal, a su vez, de todo esfuerzo emprendido a impulsos de una *voluntad pura.*

He aquí, por tanto, el supremo pensamiento ordenador de universal validez, al que podrán ser sometidos, a manera de fundamental norma directriz, todos los fenómenos históricos (2).

Unicamente a la luz de estos principios es como, a su vez, podrá ser examinada la interesantísima cuestión relativa al grado de adecuación existente en cada momento entre la realidad histórica y el ideal social, abordando de este modo el problema del PROGRESO HUMANO, el cual, en consecuencia, podrá ser definido como una ACOMODACIÓN creciente en intensidad, seguridad y permanencia ENTRE LA REALIDAD HISTÓRICA y el IDEAL DE LA COMUNIDAD PURA.

Al enunciar, siquiera sea someramente, el concepto del progreso, nos asalta ineludiblemente la pregunta: ¿Existe en el desenvolvimiento de las colectividades humanas un evidente progreso?

La ciencia, por su parte, permanece muda ante esta pregun-

---

(1) Vid. Stammler, ibid., párrafo 177, pág. 361.

(2) A este propósito recuerda el conferenciante que la cuestión acerca de la *Unidad de la Historia* es aún relativamente moderna. Intentóse plantear por vez primera por el autor suizo Iselin en 1764 en su *Historia de la Humanidad.* Herder, en sus *Ideas relativas a la Filosofía de la Historia de la Humanidad,* publicadas en 1785, aporta una bien meditada concepción acerca del constante perfeccionamiento del espíritu humano y su influencia en el progreso histórico.

Entre las obras escritas en el siglo pasado en que se trata tan interesante problema descuella la *Filosofía de la Historia* de Hegel, publicada después de la muerte de su autor, y, por último, es digno de especial mención el libro de Spengler titulado *El Ocaso del Occidente* (Der Untergang des Abendlandes, 1918), en el cual, al describir la Historia como *la realización de toda posible cultura,* queda implícitamente planteada la cuestión acerca de su unidad.

Digitized by Google

ta, puesto que sólo no da las condiciones dentro de las cuales se hace posible este progreso, y, a su vez, las circunstancias del tiempo con sus innumerables retrocesos, que tan frecuentemente llegan a anular mejoramientos logrados en épocas precedentes, son causa que en ocasiones se ponga en duda la efectividad del progreso humano.

Frente a estas tendencias mantiene el conferenciante un sincero optimismo. En el desenvolvimiento histórico —considerado en su unidad— no puede menos de observarse una constante tendencia hacia la perfección, existiendo, como de hecho es inherente a todo hombre, aquella INNATA ASPIRACIÓN HACIA LO JUSTO, en demostración de la cual bastaría recordar aquella inconsciente obstinación con la que el ser humano pretende, con harta frecuencia, justificar la comisión de actos realizados a impulsos de móviles egoístas, intentando, en vano, alegar con tal propósito algún fundamental principio de equidad, tras el cual se esfuerza en escudarse, en primer término, contra su propia conciencia (1).

Esta acertada observación demuestra, de un modo evidente, que el progreso humano no depende sólo de que se den las conliciones accesarias para posibilitar LO JUSTO; antes bien, es indispensable que en los individuos exista EL ANHELO, o mejor dicho, el ferviente deseo DE CONTRIBUÍR, CADA CUAL en la medida de sus fuerzas, AL PERFECCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD, PROCURANDO con tal propósito ATENERSE EN TODOS SUS ACTOS AL IDEAL DE LA VOLUNTAD PURA.

Este anhelo de perfección, esta ofrenda a lo justo, mirado como último fin de la existencia humana, es el propio objeto de la Religión, que concibe el mundo como un todo orgánico, en cuyos infinitos ámbitos vienen a converger todas las investigaciones filosófico-jurídicas.

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER.

---

(1) Vid. Stammler, *Lehrbuch*, párrafo 179, pág. 367; confr. ibid., párrafo 88, pág. 189.

Digitized by Google

LIBRERÍA GENERAL DE VICTORIANO SUAREZ

LIBRERO DE LA REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA

CALLE DE PRECIADOS, 48 - TELÉFONO 15-69. — APARTADO 32

MADRID

Casa editora de la BIBLIOTECA DE DERECHO Y DE CIENCIAS SOCIALES, COLECCIÓN DE FILÓSOFOS ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS, COLECCIÓN DE LIBROS Y DOCUMENTOS REFERENTES A LA HISTORIA DE AMÉRICA, COLECCIÓN DE LIBROS RAROS Y CURIOSOS QUE TRATAN DE AMÉRICA, OBRAS COMPLETAS DE DON MARCELINO MENÉNDEZ Y PELAYO, etc.

ÚLTIMAS PUBLICACIONES

TRIBUNALES PARA NIÑOS

POR

EUGENIO CUELLO CALÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA

Un tomo en 8.°, 3 pesetas.

LA FILOSOFÍA DE KANT

Una introducción a la Filosofía

POR

MANUEL G. MORENTE

CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL

Un tomo en 8.°, 5 pesetas.

MANUAL DE CIENCIA DE LA HACIENDA

POR

FEDERICO FLORA

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE BOLONIA

Segunda versión española de la 5.ª italiana, por L. Víctor Paret.

Dos tomos en 8.°, 20 ptas.

COMENTARIOS A LA LEY DE TRIBUNALES INDUSTRIALES

DE 22 DE JULIO DE 1912

CON LAS DISPOSICIONES DE CARÁCTER SUSTANTIVO Y ADJETIVO QUE LA COMPLEMENTAN, LA JURISPRUDENCIA DICTADA HASTA 31 DE DICIEMBRE DE 1916 Y VARIOS FORMULARIOS

POR

PEDRO CALVO Y CAMINA

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL INDUSTRIAL DE MADRID

Un tomo en 4.° 12 pesetas.

Digitized by Google

PUBLICACIONES

DE LA

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

DE VENTA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA REVISTA

JUICIO CRÍTICO DE LA LEY 61 DE TORO

Discurso presentado por *D. Gumersindo de Azcárate* para el ejercicio de Doctorado en la Facultad de Derecho, precedido de la noticia necrológica AZCÁRATE, por D. Rafael Altamira. Madrid, 1918. En 4.°, págs. 19.

Tirada de 25 ejemplares. Precio, 2 pesetas.

LAS GARANTIAS JURIDICAS DE LA VIDA

Trabajo de investigación, crítico y estadístico, por los alumnos de Derecho natural, prólogo de F. Pérez Bueno.

Madrid, 1920. En 8.°, d. m., págs. 350. Precio, 15 pesetas.

MARTIN MINGUEZ

LAS FÓRMULAS TENIDAS POR VISIGODAS

Madrid, 1920. En 4.°, págs. 180. Precio, 10 pesetas.

PREMIO COMAS

CASTILLEJO Y DUARTE

LA FORMA CONTRACTUAL EN EL DERECHO DE SUCESIONES

Madrid, 1902. En 8.°, págs. 178. Precio, 3 pesetas.

GARCIA HERREROS

LA SUCESIÓN CONTRACTUAL

Madrid, 1902. En 8.°, págs. XXIX, 149. Precio, 3 pesetas.

TIPOGRAFÍA DE LA "REVISTA DE ARCHIVOS", OLÓZAGA, 1

Digitized by Google

REVISTA

DE

CIENCIAS JURÍDICAS

Y SOCIALES

ORGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y DEL MUSEO-LABORATORIO JURIDICO
DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

DIRECTOR

RAFAEL DE UREÑA Y SMENJAUD

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

AÑO VI • NÚM. 24

MADRID, MCMXXIII

Digitized by Google

SUMARIO

LL UNIFICACIÓN DE LAS LEYES CAMBIARIAS, por Miguel Cabeza y Anido.

EL SERVICIO PERSONAL DE LOS INDIOS DURANTE LA DOMINACIÓN ESPAÑOLA EN AMÉRICA, por José de Barrasa y Muñoz de Bustillo.

TRABAJOS PRÁCTICOS DE DERECHO MERCANTIL, por Emilio Miñana.

CONFERENCIAS DEL PROFESOR HUGUIT EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL.

BIBLIOGRAFÍA CRÍTICA DE ESTUDIOS PENALES Y REVISTA DE LAS LEYES Y DE LOS PROYECTOS MÁS IMPORTANTES EN MATERIAL PENAL, por Luis Jiménez de Asúa (pliego 12, 13 y 14).

La **Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales** se publica cada tres meses en cuadernos de 144 a 160 páginas, con sus correspondientes láminas cuando el texto lo exija, formando cada año un volumen de más de 600 páginas, con su portada e índice.

La **Revista** no hace suyas las opiniones y doctrinas sustentadas y defendidas en los artículos y trabajos publicados. A los autores de éstos incumbe exclusivamente la responsabilidad de aquéllas.

De todas las obras jurídicas y sociales que sus autores o editores remitan dos ejemplares a la **Revista** se publicará una noticia crítica en la Sección bibliográfica.

CONDICIONES DE SUSCRIPCION

España y Portugal	20 ptas. al año.
Los demás países de Europa	25 — —
América	30 — —

Las nuevas suscripciones tendrán un recargo eventual del 20 por 100.

Sólo se admiten suscripciones por años completos, dando principio en el mes de enero.

No se venden números sueltos.

Se admiten anuncios de librería.

Administrador: DON BRAULIO RODRIGUEZ

CALLE DE SAN BERNARDO, NÚM. 41.

MADRID

Digitized by Google

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

AÑO VI. OCTUBRE-DICIEMBRE NÚM. 24

LA UNIFICACION DE LAS LEYES CAMBIARIAS

TESIS DOCTORAL DE

MIGUEL CABEZA Y ANIDO

CAPITULO III

INDICACION DE LOS MEDIOS DE UNIFICACION PROPUESTOS

I. UNIFICACIÓN FORMAL: REGLAS DE CONFLICTO UNIFORMES.

En primer término, para evitar los inconvenientes que al comercio ocasiona la variedad y oposición de las leyes del cambio, todos los países se han preocupado de dictar reglas de Derecho Internacional privado, destinadas a resolver las cuestiones a que la concurrencia de leyes pueda dar origen sobre el propio territorio.

No puede considerarse, sin embargo, ésta como una solución, porque inspirándose cada Código en principios de Derecho Internacional privado distintos, ha venido a añadirse, en realidad, una nueva complicación a las que ya existían. En cuanto a la capacidad de una persona para obligarse por letra de cambio, por ejemplo, unas leyes siguen el principio de la *lex patriae*, en tanto otras adoptan el de la *lex domicilii*, resultando con frecuencia que una obligación válida con arreglo a un sistema es nula bajo el otro. Y todavía pueden aparecer nuevas complicaciones, procedentes de la aplicación por algunos países de la *lex loci actus*, en virtud del principio del *favor negotii*, y del sistema del *renvoi*, sancionado recientemente por algunas conferencias inter-

Digitized by Google

nacionales (1). De tal modo, que al conflicto de leyes materiales sobre el cambio viene a superponerse un nuevo conflicto de reglas formales o de Derecho Internacional privado.

En vista de estos inconvenientes, tan brevemente indicados, han sido varios los autores que han creído que los perjuicios y dificultades derivados de la variedad de sistemas cambiarios, se evitarían totalmente con la adopción, por todos los Estados, de reglas uniformes de Derecho Internacional privado (2). Esta doctrina ha sido desenvuelta especialmente por Ottolenghi en su obra *La cambialé nel diritto internazionale* (3).

Afirma, en primer término, que "la unificación del derecho es, en general, irrealizable, mientras no sean comunes a todos los pueblos las mismas necesidades y las mismas aspiraciones".

"Es notorio —dice— que entre las legislaciones cambiarias hay ciertos puntos de oposición que no corresponden solamente a una diferencia de estructura, sino, más esencialmente, a principios, a tendencias diversas, que no dependen solamente de la variedad de las necesidades creadas en virtud del uso o de la práctica, sino de las mismas condiciones generales de la vida política y económica del lugar" (4).

Sostiene que, si bien en el campo del derecho comercial no se oponen aquellas razones de carácter moral, histórico, étnico, que hacen imposible en otros campos la uniformidad del derecho, existen otras no menos influyentes: lo que en el derecho común representa la tradición, en lo comercial está representado por los usos; y si en el segundo no hay vínculos morales y religiosos, puede haber vínculos dependientes de las condiciones económicas del lugar, de tanto valor como los primeros.

"¿Cómo se podrá, dadas estas diferencias, llegar a la actua-

(1) Diena, *Principî di diritto internazionale*, parte 2.ª *Dir. int. privato*, págs. 69 y sigs., y 313 y sigs.

(2) Anzilotti, *Studi critici di diritto internazionale privato*, 1897, pág. 127. Corsi, *Unificazione o codificazione del Dir. intern. privato. Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1894, pág. 367 y sigs. Gual Villalbi, *Dro. mercantil intern.*, 1913, págs. 13, 63 y 424-434.

(3) *Introducción*, especialmente, págs. XXVI-XXIX.

(4) Ob. cit., pág. XXI.

Digitized by Google

ción de un derecho uniforme?" Aquí defiende su posición, diciendo que es lógico un acuerdo legislativo en cuanto tienda a fijar de modo seguro la reglamentación de aquellas relaciones que deben desenvolverse sólo en el orden internacional, o bien en cuanto tienda a determinar aquellos principios que deben servir como norma reguladora en las controversias internacionales referentes a una materia dada.

En opinión de Ottolenghi es, pues, el mejor camino limitar el acuerdo de los Estados a la determinación de los principios que resuelvan las controversias internacionales, como remedio el más eficaz para las relaciones cambiarias.

Después de exponer los inconvenientes, de derecho público principalmente, que ofrece la adopción de una ley uniforme internacional, sostiene que, limitado el acuerdo en la forma por él propuesta, esas dificultades no se presentarían. "En efecto —dice—, bajo tal aspecto puede surgir entre los Estados una obligación perfecta. La condición por la que un Estado contratante se compromete a aplicar un régimen determinado en las relaciones entre sus súbditos y los de otros Estados o entre él mismo y otras colectividades, transmite a los demás Estados contratantes un verdadero derecho a que la obligación prometida se mantenga."

Y añade más adelante: "La obligación en este caso tiene necesariamente carácter de reciprocidad, porque no podría establecerse un régimen internacional para las controversias que pueden derivar del conflicto de leyes de Estados diversos, si tal régimen no fuese aplicable en la jurisdicción de todos los Estados contratantes. De donde, la causa respecto a cada obligación está en las demás obligaciones que con ella concurren y mediante cuyo cumplimiento solamente el convenio puede tener efecto."

Y en el caso particular, sostiene que la adopción de normas para resolver los conflictos cambiarios es el sistema más práctico y seguro que, entre otras ventajas, concede amplio respeto a la observancia de los usos y costumbres que, a menudo, en la práctica comercial y aun judicial no tienen menor importancia que la misma ley comercial. Y respondiendo a la objeción de que este sistema no haría más que aplazar el momento de la unifor-

Digitized by Google

midad, observa que la determinación de algunas normas reguladoras de las cuestiones de competencia internacionales no implica la necesidad de su existencia: si desaparecen, cesará la razón de aquellas normas y, entre tanto, se habrá facilitado la armonía legislativa.

Por último, como razón perentoria en favor de su tesis, afirma Ottolenghi que este sistema puede adoptarse por todos los Estados en cualquier momento, sin ninguna limitación del derecho de jurisdicción.

En el seno de la sub-comisión del Instituto de Derecho Internacional encargada de informar sobre la cuestión de la uniformidad de las leyes del cambio, una minoría, formada por M. Renault, segundo ponente, Dicey y Holland entre otros, opinaron que el Instituto debía limitarse a determinar aquellos principios que pudiesen servir para resolver las cuestiones y los conflictos producidos por las diferencias entre las leyes nacionales en materia de letra de cambio y de títulos comerciales. "La creación de una ley uniforme general para todos los Estados —decían—, es un *desideratum* de los publicistas, de los jurisconsultos y de los economistas (1)."

Sin embargo, la mayoría opinó, con Norsa, que la labor del Instituto debía consistir en la redacción de un proyecto uniforme, aun cuando el propio Norsa creyó conveniente proponer también que, en previsión de que la ley uniforme no fuese aceptada, debía complementarse con algunas reglas de Derecho Internacional privado; y el Instituto votó un proyecto de reglamentación internacional de los conflictos de leyes en materia de letra de cambio y de pagaré a la orden, que comprende diez artículos y que figura como apéndice al proyecto definitivo de ley uniforme cambiaria (2).

*
* *

No es tan sencillo, sin embargo, como los citados autores creen, someter a principios uniformes las reglas de competencia legislativa contenidas en los Códigos. Dentro de la misma ma-

(1) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, tomo VII, 1883-1885, págs. 54 y 55.

(2) *Annuaire*, tomo VIII, 1885-6, págs. 97, y especialmente 121-123.

Digitized by Google

teria cambiaria, basta considerar las reglas de conflictos contenidas en el Convenio de La Haya de 23 de julio de 1912 relativo a la letra de cambio, para convencerse de que no es éste un camino fácil de seguir. El art. 74 del Reglamento uniforme consagra todavía el peligroso sistema del *renvoi*, diciendo textualmente: "La capacité d'une persone pour s'engager par lettre de charge est determinée par sa loi nationale. Si cette loi nationale déclare compétente la loi d'un autre État, c'est cette dernière loi qui sera appliquée"; artículo que es la reproducción exacta del 83, párrafo 1.º, del anteproyecto de la Conferencia de 1910. El artículo 32 del proyecto de 1912 sobre el cheque reproduce la misma disposición sin más variante que la substitución de las palabras "letra de cambio" por la palabra "cheque" (1).

De manera que estas reglas encierran una verdadera contradicción con el principio unificador que las informa, desde el momento en que dan por supuesto que continuarán vigentes en los países signatarios reglas de conflicto inspiradas en principios distintos del de la *lex patriae*, aceptado por la Conferencia.

Y es que en la práctica, este procedimiento que, según sus defensores, no tropieza con los inconvenientes de la tradición jurídica, de los usos comerciales, etc., etc. (recuérdense los argumentos de Ottolenghi), que se oponen a la formación de una ley uniforme internacional, encuentra, en cambio, resistencias mucho más difíciles de superar, por la índole política de sus motivos. En efecto, por lo que respecta a la capacidad y a la ley aplicable para juzgarla (una de las cuestiones más debatidas), los principios que informan las reglas de Derecho Internacional privado contenidas en los Códigos, tienen sus raíces en las condiciones demográficas y políticas de los Estados. De un modo general, aquellos países de población poco estable y formada en gran parte por el movimiento inmigratorio, llevados por el temor a la abdicación de su soberanía que podría parecer la aplicación continua de leyes extranjeras dentro del propio territorio, reconocen el principio

(1) Véase Potu, *La question du renvoi en droit international privé*, 1913, págs. 147 y sigs. Idem Bartin, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois. Journal Clunet*, 1897, páginas 225, 466 y 720.

Digitized by Google

de la *lex domicilii*, unificando de esta manera la capacidad de todos los extranjeros domiciliados. Por el contrario, los países de población estable y cuyos habitantes suelen emigrar a los Estados nuevos, tienen interés en que su propia ley siga rigiéndoles y les acompañe dondequiera que vayan, reconociendo en sus Códigos el sistema de la *lex patriae*.

No es difícil comprender, pues, por qué en muchas ocasiones la pugna entre estos dos principios se ha manifestado de un modo completamente irreductible, como siempre que intervienen razones políticas, de soberanía. Así ha sucedido, en 1889, con los Tratados de Montevideo, sobre materias de Derecho Internacional privado, a los cuales algunos Estados sud-americanos negaron su adhesión porque reconocen el principio de la *lex domicilii*. Las mismas discusiones se suscitaron en las Conferencias de La Haya (1). Y ha aparecido nuevamente esta cuestión, discutiéndose con gran calor, en el seno de la Alta Comisión Internacional, reunida en Wáshington en 1918. Allí decía el señor Jiménez de Aréchaga que el Uruguay no puede renunciar al criterio internacional fijado en los Tratados de Montevideo "porque en los conflictos de Derecho Internacional se presentan cuestiones fundamentalísimas de orden público". Y añade: "El Uruguay, como la Argentina, son países de inmigración, y si estos países, en que sus habitantes pertenecen a naciones distintas, aplicaran el criterio de la nacionalidad, se produciría un verdadero caos: hechos jurídicos exactamente iguales tendrían que ser forzosamente juzgados por legislaciones distintas. No se podría apreciar en un momento determinado si un acto jurídico cualquiera es válido o no... (2)."

En el Congreso de Juristas americanos, de Río Janeiro, decía el delegado del Uruguay, doctor don J. Pedro Varela, defendiendo para América especialmente el sistema de la ley del domicilio, que "...a las sociedades políticas sudamericanas no les conviene el mantenimiento del elemento extranjero como tal, sino

(1) Véase, por ejemplo, Buzzati, *La Conferenza dell'Aja sul diritto cambiario* (1910), en *Rivista del dir. comm.*, vol. IX, 1911; fasc. 1; páginas 1-18.

(2) Alta Comisión Internacional. *Estudio sobre una ley uniforme, etc.*, págs. 23 y sigs.

Digitized by Google

su incorporación, su fusión con el elemento nacional. Es una razón de carácter local, para este Continente, que debe conducir forzosa e ineludiblemente a rechazar la ley de la nacionalidad" (1). Recuerda luego la afirmación contenida en un informe del Congreso de Montevideo, de que las naciones americanas, recibiendo continuamente millares de inmigrantes de todas las nacionalidades existentes, perderían rápidamente su propia cohesión si la capacidad de los inmigrantes, su estado y familia hubieran de continuar regidos para siempre por las leyes de la patria abandonada. "Su unidad política, expresión elevada de la soberanía, no tardaría tampoco en resentirse de su falta de unidad legislativa, y el fraccionamiento sería, con el tiempo, la amenaza constante de su integridad."

De todos estos debates alrededor de un solo principio, se desprende la dificultad grandísima de llegar a la sistematización completa de las reglas de Derecho Internacional privado, dictando reglas uniformes de conflicto. El acuerdo sobre estos principios, que afectan a cuestiones tan delicadas, sería mucho más difícil de conseguir seguramente que la armonía de las legislaciones en los puntos capitales de la unificación, a la cual se oponen solamente las tradiciones peculiares, obstáculo cuya importancia en este caso apreciaremos. Además, suponiendo aún realizable la reglamentación completa de los conflictos legislativos, el sistema resultaría insuficiente como medio unificador de las leyes del cambio. Como hacía notar M. Norsa, en su informe al Instituto de Derecho Internacional, los títulos negociables son de dos clases: unos que tienen por objeto el pago de una suma de dinero, y otros la entrega de géneros o mercancías. Estos últimos (*ordine in derrate, lettres de voiture,* facturas, órdenes de entrega, *recepissés warrants*) sólo se admiten en algunos países, y si bien son útiles al comercio, es, sin embargo, cierto que no tienen "ni la generalidad de aplicación ni la extensión de uso práctico que tienen los títulos de obligaciones que representan sumas de dinero. Estos últimos ocupan el primer lugar en la circulación comercial: pueden decirse cosmopolitas, mientras la negocia-

(1) Alta Comisión Internacional. *Estudio sobre una ley uniforme en materia de letras de cambio y pagarés...* Wáshington, 1918, pág. 41.

Digitized by Google

ción de los títulos en mercancías es limitada y muy inferior a la de los títulos pecuniarios... Su existencia, su circulación están frecuentemente ligadas a instituciones de naturaleza administrativa y en sus relaciones jurídicas presentan una conexión con las leyes civiles y administrativas que hace difícil y complicada su reglamentación uniforme. La necesidad de esta unificación no se hace sentir, por lo demás, tan vivamente como para los títulos pecuniarios (1)."

La elaboración de reglas uniformes no prestaría grandes servicios a la letra de cambio, título destinado a circular internacionalmente y que requiere la ausencia total de obstáculos en su transmisión. Como observa Potu (2), el portador de una letra que contenga firmas de distintas nacionalidades, se encontrará en una gran incertidumbre; aunque protegido por el texto del Convenio relativo al Derecho Internacional privado cambiario, difícilmente se desenvolvería en medio del dédalo de las leyes aplicables, si no es un jurista consumado, habituado a las dificultades del Derecho Internacional y del Derecho Comparado. Por tanto, a pesar del establecimiento de reglas uniformes de Derecho Internacional privado del cambio, serían indispensables innumerables comprobaciones, exigiendo un conocimiento del Derecho extranjero que implicaría una pérdida de tiempo y una inseguridad incompatibles con las exigencias del comercio y de la banca. Y como, en último término, este procedimiento de suavizar los conflictos legislativos no haría más que aplazar el problema de la unificación total, no queda otra solución que el intentar la uniformidad de las legislaciones sobre la letra de cambio, en su aspecto material y no sólo formal; es decir, la unificación de las reglas de Derecho privado interno.

II. Unificación del Derecho material cambiario: Sus formas.

La creación de una ley uniforme del cambio, única forma de conseguir verdaderamente la unificación y de resolver los

(1) *Annuaire de l'Institut de Droit International.* Informe Norsa, tomo VII, pág. 59.

(2) *La unification, etc.*, pág. 101.

Digitized by Google

inconvenientes que provienen de la variedad de disposiciones internas, ha sido comprendida de manera muy distinta por aquellos que sostuvieron su posibilidad.

El punto de partida de estas diferencias de concepción está en las dificultades de Derecho constitucional principalmente, que se presentan a la adopción de una ley única para todas las naciones. El carácter obligatorio para los Estados de una ley uniforme internacional, aunque adoptada y acordada por ellos, se ha considerado siempre como una cosa sumamente peligrosa en teoría y difícil de alcanzar en la práctica. Por esto, al tratarse en algunas ocasiones de la creación de un derecho cambiario uniforme, y para salvar aquella dificultad, se pensó que el sistema más sencillo y fácilmente realizable consistía en redactar un proyecto que sirviese de modelo, una ley-tipo, a la cual pudiesen dar su asentimiento todos los Estados, con la completa libertad en ellos, de determinar en qué forma y hasta qué punto debieran adaptar sus propias leyes al modelo propuesto. De este modo, se ha dicho, el concepto de la soberanía de cada Estado y las susceptibilidades de los Parlamentos no padecerían y al mismo tiempo se crearía una fuerte opinión entre aquellos comerciantes, juristas y banqueros que conociesen las ventajas de la uniformidad, y ellos mismos ejercerían una presión considerable sobre el Poder público en favor de la introducción del Código uniforme en la propia legislación. Aceptar simplemente este modelo, o reformar las leyes nacionales de acuerdo con él, esto sería una cosa de la competencia exclusiva de cada Estado.

Este modo de proceder ha sido aconsejado principalmente, como observa Potu (1), por los juristas de los países anglo-americanos, donde nunca fué encerrado el Derecho cambiario en moldes rígidos y se ha conservado siempre como instrumento infinitamente flexible. Ha adoptado también este procedimiento el Congreso de Derecho comercial, celebrado en Amberes en 1885. El Gobierno belga redactó un proyecto de ley uniforme de 57 artículos, que sirvió de base a las deliberaciones del Congreso. Este proyecto, modificado según los acuerdos de la

(1) Potu, ob. cit., pág. 104.

Digitized by Google

Asamblea, era considerado, no como una ley internacionalmente obligatoria (la representación de los Estados no era oficial), sino como una ley-tipo que sirviese como norma a las legislaciones nacionales para ser adoptada de un modo integral.

Este sistema presenta la ventaja de salvar aquellos puntos en que las legislaciones se muestran irreductibles por el momento; pero, al propio tiempo, nadie puede afirmar cuál será la suerte de un proyecto redactado en esta forma, sin la intervención oficial de los Estados, que no asumen, en tal caso, ninguna obligación. La opinión internacional y aun nacional que pueda suscitarse en favor del modelo uniforme no es garantía suficiente de su eficacia ni puede esperarse que obtenga en breve tiempo la adhesión de un número grande de Estados, única forma de que la unificación sea un hecho. Transcurrirán años: se agitarán los interesados en la reforma; pero si se observa la dificultad que presentan las modificaciones legislativas de todas clases, obra de los Parlamentos que casi nunca ponen en ellas gran empeño, júzguese lo que sucedería si, al lado de la opinión favorable a la aceptación de la ley uniforme, surgiese (y surgirá) la opinión contraria, defendiendo los puntos de vista nacionales en materia cambiaria. El legislador se cruzaría de brazos ante el temor de defraudar a unas o a otras opiniones o, a lo sumo, se limitaría a introducir en el Derecho cambiario propio aquellas reformas de detalle y sin gran importancia, sobre las cuales no existe discusión dentro de los sistemas legislativos y que sin dificultad se aprueban en cualquier Convenio internacional obligatorio. En una palabra; que este procedimiento perpetuaría el *statu quo*, si no provocaba un resultado peor, cual sería el aumento de las diferencias de detalle en las legislaciones particulares.

Otros autores han propuesto la limitación del sentido de la ley uniforme por su alcance, ya que no por el carácter obligatorio. En el seno del Instituto de Derecho Internacional, en la sesión de Bruselas de 1885, al discutirse a qué clase de títulos debía alcanzar la reglamentación uniforme, propuso el jurisconsulto inglés Mr. Barclay que toda letra de cambio destinada a circular en el extranjero llevase en el anverso la indicación: "Circulación internacional", *foreign bill*, u otra equi-

Digitized by Google

valente para que desde este momento se la considerase sometida a las disposiciones de la ley uniforme, afirmando Mr. Barclay que éste sería el único medio de que los ingleses aceptasen el proyecto (1).

Con esta proposición intentaba Mr. Barclay generalizar la práctica cambiaria inglesa, en virtud de la cual basta insertar las palabras *foreign bill,* letra de cambio exterior, para someterla por este solo hecho al régimen de las letras de cambio internacionales. Pero debe tenerse en cuenta, primeramente, que en el sistema inglés, entre el *foreign bill* y el *inland bill,* no existe ninguna diferencia ni en cuanto a la forma ni en cuanto al fondo. Solamente en lo referente a la obligación de levantar el protesto existe diferencia, puesto que para el *inland bill* es facultativo este requisito y para el *foreign bill* es, por el contrario, obligatorio. En cambio, al adoptar este sistema como procedimiento internacional, sí se produciría una grave modificación: que la letra de cambio destinada a la circulación internacional estaría sometida al régimen uniforme, continuando, por el contrario, la letra de cambio interior, regida por el Derecho nacional. Este procedimiento, por tanto, vendría a complicar más el problema, añadiendo a los sistemas de cambio vigentes, ya bastante complejos, un sistema más: el reglamento uniforme para las letras de cambio exteriores.

Como hizo notar M. Asser, al discutirse la proposición de Mr. Barclay (2), sería una fuente de complicaciones el hacer depender de la voluntad del librador que la letra de cambio circule o no en el extranjero. Por otra parte, ¿qué sanción se impondría y como podría evitarse que la letra de cambio sin esa indicación fuese endosada en un país extranjero? Anular el título sería irrogar al comercio un perjuicio mucho mayor que el que supone la variedad legislativa.

Se ha pensado también en un procedimiento semejante al estudiado anteriormente y que consistiría en extender la reglamentación uniforme a *todas* las letras de cambio internacionales, sin intervención ninguna de la voluntad de las partes: sería, por

(1) *Annuaire de l'Institut de Droit International,* tomo VIII, 1885, págs. 82-83.

(2) Loc. cit., pág. 82.

Digitized by Google

tanto, el carácter mismo de la letra y no la voluntad del librador, el que determinaría el régimen aplicable al título. Este sistema fué propuesto por Norsa en su informe al Instituto de Derecho Internacional (1).

En la Conferencia de La Haya, de 1910, una de las primeras cuestiones que se presentaron a discusión fué la de la esfera de aplicación de la ley uniforme: "¿Se aplicaría a todas las letras de cambio, o solamente a las letras internacionales, esto es, a aquellas letras libradas de un país sobre otro?", preguntaba Lyon-Caen (2). Esta pregunta fué objeto de una larga e interesante discusión, en la cual el profesor Vivante sostuvo el criterio que luego prevaleció y que fué formulado así: "La ley uniforme dictará reglas que se aplicarán indistintamente a todas las letras de cambio, bien deban ser pagadas en el país de emisión o en otro distinto."

Ya M. Asser había hecho notar, al discutirse el informe Norsa en el Instituto de Derecho Internacional, la dificultad de definir claramente qué se entiende por letra de cambio internacional. El profesor Leone Bolaffio ha expuesto también los inconvenientes de esta distinción y del doble régimen jurídico, nacional e internacional, que el sistema supondría. Sin embargo, cree que tal vez no sea exacto afirmar que en el origen no sea posible distinguir una letra de cambio nacional de una internacional... "Podría calificarse de internacional —añade— una letra creada en un Estado y pagable en otro distinto. Sin descontar la posible circulación en un país extranjero de letras creadas y pagables en el Estado de origen, es indudable una cosa: que toda letra de cambio internacional circula en distintos Estados" (3).

Sin embargo, este procedimiento sería tan ineficaz como los anteriores para el objeto de conseguir la unificación. Aparte la dificultad de definir la letra de cambio internacional, se hace incierto —como observa Ottolenghi (4)— el régimen de las le-

(1) *Annuaire,* tomo VIII, 1885-1886, pág. 80-81. Potu, ob. cit., página 109.

(2) *Actas,* pág. 59.

(3) *Proposta di un bollo cambiario internazionale. Rivista del diritto commerciale,* vol. IX, 1911, págs. 226-227.

(4) Ob. cit., *Introducción.*

Digitized by Google

tras, puesto que, a menos que el librador prohiba la circulación del título, no se puede saber nunca de antemano en qué lugares y bajo qué leyes podrá encontrarse en la sucesión de operaciones. En resumen, que la contradicción de los principios vendría a aumentar la incertidumbre y las controversias internacionales.

No como un procedimiento de unificación cambiaria internacional, pero sí como un medio de evitar los inconvenientes de la variedad y oposición legislativa, especialmente en cuanto se refiere a los requisitos formales de la letra, distintos en casi todos los países, estudiaremos la propuesta del profesor Bolaffio, con motivo de la Conferencia de La Haya, de 1910, sobre un timbre cambiario internacional (1). Recuerda Bolaffio primeramente que en el Congreso de Amberes de 1885, M. Pirmez, presidente de la Sección de Derecho cambiario, declarándose contrario al principio de la nulidad de la letra por inobservancia de las leyes fiscales del timbre, proponía, con la adhesión del Congreso, que se aplicase a la letra de cambio el sistema de los convenios postales: pague la letra un solo sello (en el país de emisión), a ser posible, uniforme para todos los Estados y diferente según que la letra deba pagarse en el mismo país de creación o en el extranjero; ningún otro Derecho fiscal se impondría al título durante su circulación; y en el caso de que el timbre faltase o fuese insuficiente la multa impuesta para regularizar el título, debería atribuírse al país donde la letra ha de ser pagada.

Bolaffio combate extensamente la disposición del Convenio de La Haya sobre el timbre fiscal y especialmente el prejuicio de asegurar y repetir que la tutela del fisco no puede exceder los límites de la jurisdicción estatal. "El Estado que ha elevado el timbre a requisito esencial de la letra de cambio cuidó, no solamente de asegurar su exacción, sino también de garantizar la inalterabilidad del título" (2).

Afirma que, independientemente del timbre nacional, cada Estado adherente a la Unión de La Haya podría sancionar una disposición, poco más o menos del siguiente tenor: "Una letra

(1) *Rivista del Diritto commerciale*, vol. IX, 1911-3, págs. 226-227.
(2) *Loc. cit.*, pág. 237.

Digitized by Google

de cambio que deba circular o ser pagada en un Estado distinto del de su creación, debe llevar un timbre uniforme para todos los Estados adherentes, con la inscripción, *timbre para una letra de cambio internacional,* escrita en el idioma del país de emisión." Este timbre, proporcional a la suma, o bien fijo, y en relación con el término de la letra (o bien sin tenerlo en cuenta), bastaría para la circulación de la letra en los Estados adherentes a la Unión. Sería colocado por una oficina o tribunal competente, después de comprobar que la letra de cambio tiene los requisitos esenciales exigidos por la ley territorial.

"El objetivo de la propuesta —dice Bolaffio— es evidente: ofrecer la absoluta certeza de que el título circulante en Estados diferentes es una letra de cambio válida por su conformidad con la ley del país de origen. El timbre internacional, colocado antes de que la letra salga del Estado en que ha sido creada, *viene a ser en el extranjero el único requisito esencial de toda letra de cambio internacional* (1), porque la existencia de aquel timbre fiscal hace presumir de modo absoluto, sin posible prueba en contrario, la perfecta regularidad formal originaria del título." Por este procedimiento no podrían existir letras internacionales en blanco, cuya supresión, al menos en el campo del mercado mundial, no considera Bolaffio deba sentirse.

"El timbre internacional —añade— sería el pasaporte que legitima toda ulterior operación sobre una letra de cambio reconocida originariamente como válida." Este sistema dejaría intacta la autonomía legislativa, y por ello, en opinión de Bolaffio, serían muchos los Estados que se decidiesen a adoptarlo.

El profesor Angeloni considera que la aplicación de un timbre internacional conseguiría tal vez dar a la letra de cambio el carácter de un instrumento uniforme económico de pagos, que, constituyendo un sustitutivo monetario universal, podría realizar la secular aspiración de una moneda internacional, inalcanzable por el camino de los sistemas monetarios metálicos; tendría, además, la ventaja innegable de tutelar de una parte los intereses del fisco y de otra la buena fe general contra las alteraciones de la cantidad y del vencimiento, y contra los abusos de la firma en blanco.

(1) Recuérdese su concepto de la letra de cambio internacional.

Digitized by Google

"Pero —dice Angeloni (1)— este sistema ofrecería los inconvenientes de limitar el Derecho uniforme a las letras destinadas a circular o a ser pagadas en el extranjero, y de sustraer a la autoridad judicial la facultad de juzgar sobre la existencia de los requisitos esenciales para la validez de la letra, atribuyéndola exclusivamente a una oficina o tribunal que la ejercería sin apelación, concediendo o negando al título de colocación del timbre según lo considerase o no conforme a las normas del derecho cambiario. Aun consiguiendo organizar la institución con las mayores garantías y con las mayores precauciones para evitar tales inconvenientes, la idea misma de considerar un sello, aunque sea uniforme, como único requisito internacional esencial al título, que sustituye o hace presumir *juris et de jure* su efectiva regularidad formal según la ley del Estado en que fué creado, supone, para que sea realizable, el acuerdo entre los Estados de una ley fiscal; propósito que exigiría una compleja investigación de carácter financiero."

El único procedimiento que puede resolver este problema de la unificación en su conjunto es el de la creación de una ley uniforme, más o menos extensa para todos los Estados, por medio de una Convención internacional. Sólo en el carácter obligatorio de una Convención internacional pueden encontrar los Estados la garantía de que las reformas que en su virtud se comprometan a introducir en la legislación nacional, irán acompañadas de idéntico sacrificio en cada uno de los demás Estados signatarios del Convenio.

Este sistema, defendido por gran número de tratadistas de todos los países, por jurisconsultos y comerciantes, ha sido adoptado en la práctica como objeto inmediato de las Conferencias de La Haya de 1910 y 1912. La experiencia ha mostrado que el camino más seguro será proceder gradualmente en la solución de este problema, limitando el número de disposiciones uniformes a aquellas cuestiones en que el acuerdo sea fácil de alcanzar y sacrificando a la eficacia la extensión de su vigencia, limitando el número de Estados, en beneficio de la mayor uniformidad.

---

(1) *La prima Conferenza dell'Aja per l'unificazione del diritto cambiario. Rivista del diritto commerciale*, vol. X, 1912, núm. 6, pág. 535.

Digitized by Google

Aun cuando estos principios no se hayan tenido hasta ahora en cuenta, habiéndose preferido el concurso de todos los Estados, con perjuicio del éxito en los acuerdos uniformes, el hecho es que la tendencia a la adopción de una legislación uniforme en esta materia, como en algunas otras de la disciplina mercantil, existe, sostenida por una fuerte opinión de tratadistas de Derecho mercantil e internacional, de comerciantes y banqueros de todos los países (1).

Este movimiento ha sido producido, sin duda, por el efecto que la publicación de la Ordenanza cambiaria alemana de 1848 causó entre todos los juristas, como se desprende de las siguientes palabras de Lyon-Caen: "Ciertamente, hubiese sido una verdadera utopía pensar en la uniformidad de las leyes de los Estados de Europa, cuando Alemania sola tenía 59 diferentes" (2). Poco más tarde, en 1854, Suiza unifica su legislación sobre títulos negociables; en 1880 se publica la ley escandinava, que reduce a unidad las leyes de tres Estados y, por último, Inglaterra, en 1882, codifica todas las reglas relativas a los efectos comerciales, que en su mayoría estaban consagradas únicamente por el uso. Todos estos acontecimientos habían de influir necesariamente en el ánimo de los profesionales del derecho y del comercio, y así vemos, en efecto, que es a partir de esta época cuando comienzan a registrarse las primeras tentativas serias de uniformidad internacional cambiaria.

No deja de ofrecer grandes dificultades, no sólo prácticas o de hecho, sino teóricas o de derecho, este sistema de la ley uniforme, que da lugar a interesantísimos problemas de orden político o constitucional que aquí sólo podemos indicar. En efecto, existe una gran diferencia entre el acto de dictar reglas sobre conflictos de leyes, una Conferencia internacional y el de formular disposiciones de Derecho interno. Como observa Buzzati, determinar la competencia legislativa de cada Estado es una atribución propia de la voluntad colectiva de los Estados, usurpada antes de haberse manifestado, por cada uno de los Estados en particular, que regulaba en el propio Código los

(1) Véase Potu, ob. cit., pág. 119, nota.

(2) *De l'unification des lois relatives aux lettres de change. Journal de droit international privé*, 1884, pág. 355.

Digitized by Google

conflictos de Derecho internacional; por el contrario, dictar reglas de Derecho interno es una atribución propia y exclusiva de cada Estado: "¿Cómo conciliar —dice— la independencia legislativa de cada Estado con la voluntad colectiva expresada?" (1).

Y M. Pillet, al tratar de la primera Conferencia de La Haya, sobre letra de cambio, decía (2): "¿Cómo harán pasar los Estados contratantes a su legislación interna la ley uniforme que se han comprometido a adoptar? ¿Cómo la harán obligatoria? Podría sostenerse, en rigor, que bastaría la ratificación del tratado para hacer obligatoria la ley a él aneja."

Pero que no era ésta la intención de los autores del anteproyecto de 1910, lo prueba el informe de M. Renault a la Comisión de Derecho Internacional privado de la Conferencia. "Si se trata —decía— de hacer votar la nueva ley como una ley ordinaria por los distintos Parlamentos, es arduo el cometido de obtener la abnegación necesaria para abstenerse de toda enmienda, cuando no debe ocultarse que no todas las disposiciones propuestas agradarán igualmente a todos los países y que estarán dispuestos a eliminar aquellas que menos satisfagan. La obra, pues, debe ser examinada en su conjunto y aceptada, si, bien pensado, el conjunto es aceptable. *Esto puede hacerse por medio de una convención* que nos obliga, sin duda, pero que obliga en la misma medida a los demás hacia nosotros. *Es una Unión que se forma y esta unión confiere derechos y deberes recíprocos.* Se trata, en suma, de dar un carácter convencional a la ley proyectada y el artículo 1.° del Convenio lo dice expresamente" (3).

En cuanto al modo de introducir la ley uniforme en la legislación de los diferentes países, cree Renault que debe concederse una cierta amplitud teniendo en cuenta las conveniencias

---

(1) *Conferenza dell' Aja sul diritto cambiario. Rivista del diritto commerciale,* vo. VIII, 1910, págs. 547 y sigs.

(2) *Projet de loi conventionnel uniforme en matière de lettre de change. Journal Clunet,* 1911, pág. 391.

(3) *Actes et documents de la Conférence de La Haye pour l'unification du droit relatif à la lettre de change,* 1910. Subrayamos nosotros.

Digitized by Google

constitucionales y demás. "Si el objeto es el mismo —observa—, los caminos para llegar a él pueden ser distintos."

Así un país podrá promulgarla tal cual es, en su integridad, acompañándola de una ley de ejecución por medio de la cual usará de la facultad de llevar a la ley uniforme las modificaciones o adiciones autorizadas por el Convenio. En este caso habrá dos leyes que rigen paralelamente; por eso será más sencillo introducir directamente en la ley las modificaciones permitidas para que, de ese modo, esté en vigor un solo texto. Y respondiendo Renault a algunas objeciones, afirma que, intencionadamente, la Comisión no quiso imponer a los Gobiernos un procedimiento uniforme para la introducción de la ley en su sistema legislativo. "La Comisión no ha tomado a este propósito ningún acuerdo, así que cada país es libre de promulgar la ley como crea conveniente, dentro de los límites trazados por el Convenio" (1).

En la segunda Conferencia de La Haya, de 1912, sobre unificación cambiaria, y precisamente para evitar ciertas dificultades de Derecho constitucional, se adoptó la denominación de *Reglamento uniforme* para el proyecto que en 1910 se había llamado *ley uniforme*. Por lo demás, como ha hecho notar acertadamente M. Pillet (2), el sistema de la unificación "no necesitaría de un Convenio formal, siendo suficiente para hacerla funcionar una simple inteligencia tácita, porque, notémoslo, su virtud particular no reside en el acuerdo de los Estados, sino en la identidad de sus legislaciones. El Convenio no sirve más que para limitar esa identidad y para asegurar al estado así obtenido una cierta duración". "Observemos —añade— que, al decidir así la unificación de las leyes sobre la letra de cambio y sobre el pagaré a la orden, la Convención de La Haya ha cedido a un movimiento que ha llegado a ser, desde hace algunos años, bastante general y, a decir verdad, casi irresistible.

(1) Véase para las dificultades políticas de la ley uniforme, Ottolenghi, ob. cit., págs. XXIV-XXV, y Potu, ob. cit., págs. 207-230.

(2) *Loc. cit.*, págs. 387-390.

Digitized by Google

CAPITULO IV

Proyectos e intentos de unificación cambiaria: historia. Observaciones sobre su eficacia.

Hemos notado ya la gran trascendencia que la publicación de la Ordenanza alemana del cambio tuvo y que se tradujo más tarde en un doble movimiento, legislativo o de imitación de la *Wechselordnung* en diferentes países, y en favor de la uniformidad internacional de las leyes cambiarias. La Ordenanza alemana del cambio acababa de realizar una aspiración que los jurisconsultos del siglo anterior apenas si se atrevían a formular; tan numerosas eran las leyes locales vigentes sobre letra de cambio. Pero "si hubiese sido una verdadera utopía pensar en la uniformidad de las leyes de todos los Estados, cuando Alemania sola tenía en vigor cincuenta y nueve diferentes", desde el momento en que por obra de una Conferencia del *Zollverein* se llegó a la unidad, ya pudo pensarse, como en una cosa posible, en la unificación internacional; y si primeramente los votos en favor de la uniformidad son escasos y aislados, desde mediados del siglo XIX, a pesar de algunas resistencias, se hacen numerosos, hasta el punto de resultar sumamente difícil su enumeración (1), no tardando estos deseos en traducirse en proposiciones concretas.

Como es frecuente, el primer proyecto es el más extenso en sus aspiraciones y, por tanto, el más utópico. Comienzan algunos autores proponiendo la elaboración de un código de comercio común a todas las naciones, designado con el nombre de Código de Comercio universal. Esta proposición ha sido desenvuelta especialmente y con gran brillantez en 1851, con ocasión de la primera Exposición Universal de Londres, por un publicista inglés, míster Leone Levi. El proyecto no encontró ningún apoyo entre los Gobiernos y muy poco entre los particulares. La idea, presentada al príncipe Alberto, fué rechazada por él como irrealizable. Solamente, entre los soberanos de la época, Napoleón III hizo examinar el proyecto de míster Levi por tres miembros de la sec-

(1) Potu, ob. cit., págs. 232-236.

Digitized by Google

ción de Legislación del Consejo de Estado. El informe de esta Comisión, redactado en 1855 por M. Suin, encierra, según M. de Parieu (1), consideraciones muy sabias e interesantes, "pero quizá un poco influídas por ese sentimiento de superioridad nacional que hacía decir a M. Corvetto en 1807 que el Código de Comercio preparado entonces en París llegaría a ser el *derecho común de Europa*".

El informe de la Comisión del Consejo de Estado de 1855 admite que en materia cambiaria, como en el contrato a la gruesa y en los transportes por tierra y por agua, la tarea de la unificación no encontraría las mismas dificultades que en las demás leyes comerciales.

La idea, aunque abandonada momentáneamente, fué recogida poco más tarde nuevamente en una interpelación de Garnier Pagés en la Cámara legislativa. Y la misma idea preocupó a algunos ingleses ilustrados, entre los cuales cita M. de Parieu (2) a míster Goschen, diputado y escritor distinguido, que en favor de estas tendencias se manifestó, en febrero de 1867, ante la Cámara de Comercio de Liverpool. Fué también recogida la proposición por algunos autores alemanes. que abrigaban, sin embargo, ciertos temores con respecto al exclusivismo francés.

En 1868, M. de Parieu, enlazando este problema con el de la uniformidad monetaria internacional, escribía: "Haremos notar solamente, empleando la expresión de Kant, que esta unificación [monetaria] sería un primer paso dado hacia la solución del gran problema de la constitución cosmopolita de la humanidad..." "En efecto —sigue—; algunas de la legislación moderna ¿no sufrirían el mismo impulso de aproximación que las instituciones monetarias? La moneda no tiene, naturalmente, fronteras; ¿las tendrá el comercio y será imposible uniformar las leyes comerciales?" (3).

Comprendiendo M. de Parieu que al extender la idea de la unificación a todas las leyes comerciales se comprometía el éxito

---

(1) *Journal des Economistes,* tomo XI, 1868, pág, 216.

(2) Idem íd., tomo X, pág. 71.

(3) V. de Parieu, *Situation de la question monétaire international. Journal des Economistes,* tomo X, 1868, págs. 71 y 72.

Digitized by Google

por tratarse de una empresa excesiva, colocó la cuestión en su verdadero lugar, sosteniendo que en la uniformidad debía procederse por partes, comenzando por el derecho relativo a la letra de cambio. Señala la circunstancia de haber pensado Alemania en armonizar ciertas partes de su legislación comercial apenas había comenzado a coordinar sus distintos sistemas monetarios.

"¿Hay algo, en efecto, más cosmopolita, más libre del yugo de las fronteras que la letra de cambio? ¿Hay algo más a propósito para impulsar el comercio internacional que la emisión de un título de circulación idéntico en todas partes por las condiciones de su validez, la naturaleza de sus efectos, la duración y las condiciones de caducidad de los derechos que de ella derivan?

..."Consideramos la unidad de legislación y de impuesto sobre los instrumentos del cambio, como el complemento natural de la reforma que habría uniformado los signos monetarios con los cuales se expresa entre las naciones de Europa, el objeto directo de los pagos, al uso del comercio y de las relaciones internacionales."

Pocos meses más tarde, en agosto del mismo año, M. Charles Le Touzé, en carta dirigida a M. de Parieu y publicada en el mismo *Journal des Economistes,* con el título "D'un projet de Code de commerce international" (1), recogía aquella parte del trabajo de Parieu que a la cuestión de la uniformidad legislativa comercial se refería. Comprendiendo todo el alcance del problema, afirma Le Touzé que la creación de un Código de Comercio internacional constituye una empresa digna de abordarse por todo jurisconsulto ilustrado. Sostiene que la trascendencia de una legislación comercial uniforme no es menor que la que tendría la unificación monetaria, por el inmenso desenvolvimiento que los negocios comerciales y, sobre todo, las operaciones de cambio, han alcanzado gracias a la rapidez de las comunicaciones.

La aportación más interesante de M. Le Touzé a estos estudios consiste en que él ha sido el primero que ha intentado llevar a la práctica la unificación del derecho cambiario. Hace un ligero examen de las leyes extranjeras y señala concretamente once puntos en que existen divergencias fundamentales. Aparte algu-

(1) Tomo XI, 1868, págs. 216 y sigs.

Digitized by Google

nos errores de Derecho comparado y su concepto excesivamente simplista del problema, en cuanto considera que su resolución está en la adopción del Código francés por todos los Estados, su trabajo es un paso notable en el desarrollo práctico de estos estudios.

Respondiendo a esta carta (1), M. de Parieu parece querer desentenderse de la empresa que Le Touzé le excitaba a acometer, iniciando el movimiento en favor de la creación del Código de Comercio universal. Recuerda lo ocurrido con el proyecto de Leone Levi y eleva a quince el número de las cuestiones sobre las cuales existen diferencias fundamentales entre las leyes alemana y francesa. Sin embargo, añade: "Lo que la antigua Confederación germánica, al precio de los más pacientes trabajos, ha hecho con la moneda, con la legislación sobre letra de cambio y con una parte de las leyes comerciales, antes muy variadas, sobre su territorio; lo que la Confederación helvética está a punto de realizar con el Código de Comercio que prepara, nosotros, o nuestros descendientes, lo veremos hacer un día probablemente entre varios pueblos... Encontrará este trabajo el concurso de la opinión pública, que desea ya vivamente la aproximación de las naciones para su bienestar y su progreso colectivo; el lenguaje de algunas de nuestras Cámaras de Comercio en la encuesta monetaria reciente, nos lo ha probado así."

Esta interesante controversia del *Journal des Economistes* marca un punto fundamental en el camino de la unificación: ha dejado establecidas las diferencias legislativas y las conciliaciones posibles para alcanzar el objeto propuesto. En este sentido puede afirmarse que al estallar la guerra de 1870 la idea de la unificación del derecho cambiario había hecho ya grandes progresos (2).

En 1869 todavía Minghetti, ministro de Agricultura y Comercio de Italia, sometió al Congreso de Cámaras de Comercio italianas reunido en Génova, una propuesta sobre la utilidad de

---

(1) *Journal des Economistes,* tomo XI, págs. 216 y sigs.

(2) Véanse: *Revue de droit international et de leg. comparée,* 1913, págs. 6 y 7. Sacerdoti. *Archivio giuridico,* tomo XIII, pág. 295. Esperson, *Diritto cambiario internazionale,* pág. VII nota.

Digitized by Google

que el Gobierno italiano tomase la iniciativa de una inteligencia entre las naciones para la adopción de leyes uniformes sobre letra de cambio. Esta cuestión fué resuelta afirmativamente con gran entusiasmo por la Asamblea (1). La guerra francoalemana de 1870 impidió, sin duda, al Gobierno italiano sostener la aspiración que él mismo había provocado.

Pero la guerra misma debía indirectamente añadir una fuerza considerable a las ideas de unificación, haciendo resaltar del modo más tangible los grandes inconvenientes prácticos que resultan de la diversidad legislativa en esta materia. Puso de relieve estos inconvenientes la célebre moratoria francesa de 23 de agosto de 1870. Esta ley, que fué seguida de numerosos decretos del Gobierno de Defensa Nacional prolongando su duración, había concedido a los portadores de efectos o títulos comerciales, la prórroga de los vencimientos, y consiguientemente la ampliación del plazo para levantar el protesto. Terminada la guerra, aquellos franceses poseedores de letras no pagadas y que habían usado del beneficio concedido por dichos decretos, recurrieron contra sus endosantes extranjeros; pero éstos alegaban entonces contra los portadores de títulos, que había caducado su derecho de recurrir contra ellos desde el momento en que no habían hecho levantar el protesto dentro de los plazos legales. Y aun cuando los portadores replicaban que se lo había impedido un caso de fuerza mayor, atestiguado por los decretos del Gobierno francés, los Tribunales alemanes y suizos declararon perjudicados los títulos, apoyándose principalmente en la razón de que la excusa de fuerza mayor no se admitía en Alemania ni en Suiza en materia de letras de cambio. Los Tribunales italianos, por el contrario, admitieron esta excusa, resultando así que los endosantes italianos o franceses condenados en favor del portador de la letra no pudieron recurrir contra los endosantes anteriores domiciliados en Alemania o en Suiza (2).

Estos resultados contradictorios, causados por la variedad y

(1) Lyon-Caen, *Loc. cit.*, págs. 355-356.

(2) Cfr. Norsa, *Conflitto internazionale delle leggi cambiarie. Monitore dei Tribunale*, Milano, 1871.—Lyon-Caen, *Journal Clunet*, 1917, pág. 400.

Digitized by Google

oposición legislativas, impresionaron vivamente a la opinión de todos los países y, a partir de este momento, los votos de Congresos y Sociedades de jurisconsultos en favor de la uniformidad del Derecho del cambio se multiplican incesantemente. En el mes de septiembre de 1870 el primer Congreso de jurisconsultos húngaros votó una moción en la cual expresaba el deseo de que las leyes sobre letra de cambio consagrasen en todos los países los mismos principios. Idéntico deseo se manifestó en el Congreso de juristas escandinavos reunido en Copenhague en 1872, con asistencia de representantes alemanes y austriacos; y el segundo Congreso de jurisconsultos alemanes, que tenía lugar casi al mismo tiempo en Francfort, abogó por la creación de una ley internacional uniforme (1).

En todas las asambleas jurídicas de la época encontramos proposiciones semejantes, hasta el punto de hacerse difícil su enumeración. La Asociación Inglesa para el Progreso de las Ciencias sociales (*National Association for the promotion of social science*), fundada en 1857 por oniciativa de Lord Brougham, celebraba cada año un Congreso en una de las principales ciudades del Reino Unido. En 1873 el Congreso tuvo lugar en Norwick, del 1.° al 8 de octubre, bajo la presidencia de Lord Houghton. La primera Sección fué encargada de estudiar la cuestión de la posibilidad y ventajas de reunir en un Código único las leyes comerciales de todos los países. Se leyó a este propósito, por Mr. H. D. Jeucken, una Memoria que contiene la comparación entre los sistemas legislativos sobre letra de cambio, sociedades por acciones, quiebras, etc. Después de un largo debate, el Congreso no llegó a una conclusión clara: varios oradores hicieron resaltar las dificultades que se encontrarían para obtener de cada Estado la renuncia a ciertas particularidades de los usos comerciales propios. Uno de los oradores opinó que el único camino para llegar al resultado apetecido sería que Inglaterra mejorase de tal modo su legislación propia y la colocase tan próxima a la perfección, que los demás países se sintiesen impulsados a adoptarla por entero. Pero la mayoría de los miembros de la Sección ha creído que el trabajo de unifica-

(1) Sacerdoti, *Archivio giuridico*. Tomo XIII, pág. 295.

Digitized by Google

ción podría ser inmediatamente emprendido con probabilidades de éxito, al menos por lo que se refiere a la materia de letra de cambio (1).

Poco tiempo después, Sacerdoti, al examinar el proyecto de Código de Comercio italiano, manifestaba su opinión de que el Gobierno de su país haría mejor en provocar la elaboración de una ley uniforme por una Conferencia Internacional. Afirmaba que la unificación debiera hacerse sobre el modelo de la Ordenanza cambiaria alemana, limitándose, sin embargo, el proyecto, a establecer las reglas fundamentales sobre las condiciones de validez de la letra y sobre el vigor de la ejecución cambiaria (2).

A partir de este momento no son ya simples manifestaciones más o menos aisladas en favor de la uniformidad lo que encontramos, sino verdaderos proyectos de una legislación uniforme del cambio, unas veces redactados por Asociaciones científicas y otras muchas por Congresos oficiales y Conferencias Internacionales. En 1873 tiene lugar la fundación de dos Asociaciones Internacionales, que por los fines que se proponen van a influir extraordinariamente en el desarrollo sucesivo de estos estudios. Trátase del *Institut de Droit International* y de la *Association for the reform and codification of the law of nations*, llamada actualmente *International law Asociation.*

Esta última Asociación, que contaba entre sus miembros hombres eminentes en las ciencias económicas y jurídicas de todos los países, y que presidían el conde Federico Sclopis, de Turín, y Mr. David Dudley Field, de Nueva-York, comenzó proponiéndose como fin el evitar las guerras; pero fué evolucionando posteriormente, preocupándose cada vez más de los estudios de Derecho comparado, como medio eficaz de conseguir el mejoramiento de las leyes. Para alcanzar su objeto, la Asociación solicitó el concurso de jurisconsultos, publicistas y prácticos, rogándoles que tomasen parte en las conferencias anuales que ce-

---

(1) Ribot. *Le Congrès de l'Association des sciences sociales en Anglaterre. Bulletin de la Société de legislation comparée,* tomo III (1874), págs. 363 y 368.

(2) *Observazioni sul tit. IX, cap. I del progetto del cod. comm. Archivio giuridico,* tomo XIII, 1874, págs. 291-323.

Digitized by Google

lebraba en época de vacaciones, o que enviasen respuestas y soluciones a los cuestionarios impresos (1).

En la segunda sesión, celebrada en Ginebra en 1874, uno de los secretarios, Mr. Jeucken, leyó una comunicación sobre el Derecho internacional de los valores negociables y la oportunidad de la codificación de las leyes de los diferentes países sobre la materia. Se nombró una Comisión que debía informar acerca de la propuesta, y en la primavera de 1875, los dos secretarios Mr. Jeucken y Rand Bailey, redactaron un cuestionario que contiene preguntas sobre la forma de la letra, el timbre, endoso, usos, días de gracia, presentación a la aceptación, avisos de negativa de pago, notificación y protesto, derechos y recursos, prescripción, aval, pérdida y falsificación. Este cuestionario fué enviado a los juristas y sociedades de numerosos países, y las respuestas que éstos redactaron coincidían en que la unificación era necesaria y que había llegado el momento de realizarla (2).

La Asociación celebró su tercera reunión anual en La Haya, del 1.° al 6 de septiembre de 1875. En la segunda Sección, de Derecho internacional privado, figuraba en primer lugar el problema de la ley internacional relativa a la letra de cambio (3). El informe del Comité encargado de estudiar los medios útiles para establecer entre los Estados la unidad legislativa en materia de cambio, formuló sus conclusiones de acuerdo con lo resuelto por los dos Congresos de jurisconsultos celebrados en 1870 y 1872, los cuales recomendaron la conveniencia de seguir el ejemplo de Alemania, que había fundido en una sola ley, después de catorce años de trabajos, las múltiples leyes vigentes en sus Estados.

El Comité, en su informe, examina detalladamente las cuestiones que suscita la adopción de una ley uniforme, declarándose partidario de seguir a la *Wechselordnung* en lo que se refiere a la obligación de insertar en el título las palabras "letra de cambio"; recomienda la abolición de las distinciones estableci-

(1) *Bulletin de la Société de Lég., comp.*, IV, 1875, pág. 340.
(2) *Bulletin de la Soc. de leg. comp.*, vol. IV, 1875, 341.
(3) *Journal Clunet*, 1875, págs. 402 y sigs.

Digitized by Google

das por la legislación inglesa entre letras de cambio interiores y exteriores, porponiendo que se admita que el librador y el tomador puedan ser una sola y misma persona. Se abstiene la Comisión de manifestar su opinión respecto a la letra de cambio al portador, en vista de la diversidad de criterios. En cuanto a los derechos fiscales a pagar por las letras de cambio y pagarés, cree el Comité que una Conferencia Internacional, semejante a las que se han celebrado para los convenios postales, podría determinar una tarifa uniforme (1).

La Comisión, a causa de las dificultades que implica la cuestión de la forma del endoso, se limitó a recomendar la adopción del endoso en blanco, proponiendo, sin embargo, se una a él la dirección postal del endosante. Propuso la abolición de los usos y días de gracia, declarando, en cuanto al protesto, la obligación de levantarlo en todo caso, en vista de que así lo exige la mayoría de las legislaciones. Respecto a los derechos y acciones que corresponden a las partes que figuran en el título, y en vista del desacuerdo entre los miembros, la Comisión propone se conceda a todas las partes obligadas una sola acción, de acuerdo con lo que dispone la ley inglesa. Opinó que debiera adoptarse como base de la legislación internacional de letras de cambio la Ley belga de 20 de mayo de 1872.

El doctor Borchardt y los jurisconsultos suecos, holandeses y belgas, han señalado las principales dificultades suscitadas por la importante cuestión de la fuerza mayor. El Comité propone se disponga que la fuerza mayor no pueda ser alegada sino en el caso de que se haya producido un obstáculo material (*objetive hindance*), tal como una inundación o un bloqueo. La atención del Comité se ha fijado también sobre otras dos cuestiones: la mención de la causa del contrato sobre la letra de cambio y la capacidad de obligarse cambiariamente. A estos dos difíciles problemas el informe no da solución creyendo más conveniente dejarlos aparte, lo mismo que la cuestión referente a las garantías en caso de falta de pago y algunas otras.

En definitiva, el Comité informó que sería sumamente ven-

(1) He aquí un notable antecedente de la propuesta de Bolaffio, ya estudiada sobre un timbre fiscal internacional.

Digitized by Google

tajoso formular un proyecto de ley uniforme fundado sobre la Ordenanza alemana, las "Novelas" de Nuremberg y la ley belga de 1872 (1). El Congreso nombró, en consecuencia, una Comisión más numerosa, y más tarde otra permanente, en que estaban representados doce países y entre cuyos miembros figuraban Borchardt, por Alemania; sir Travers Twiss y Jeucken, por Inglaterra, y Vidari, por Italia. El presidente, Mr. Twiss, y el secretario, Mr. Jeucken, redactaron una comunicación, estudio de Derecho comparado, que contenía las divergencias fundamentales entre las leyes del cambio, enviándola a los jurisconsultos y a las Cámaras de Comercio de varios países para que informasen (2). Recibidas las respuestas, Borchardt y Jaques redactaron 19 *tesis,* que debían servir de base para un derecho común del cambio; pues, como hace notar Potu (3), esta Asociación no se ha preocupado nunca de redactar un verdadero proyecto de ley uniforme, procurando únicamente establecer y fijar los principios en que debiera fundarse dicha ley.

En Bremen, del 23 al 29 de septiembre de 1876, tuvo la Asociación su cuarto Congreso. El informe de Mr. Jeucken defendía el sistema alemán y éste prevaleció en las 20 resoluciones que fueron acordadas. En 1877 reunióse la Asociación en Amberes y nuevamente se estudió el problema de la unificación cambiaria, manteniéndose las veinte proposiciones aprobadas anteriormente, y siendo acordadas sin discusión cinco nuevas resoluciones propuestas por Borchardt en su informe (4). En 1875, en Francfort, se añadieron otras dos reglas a las 25 ya adoptadas.

Estas 27 resoluciones, conocidas generalmente con el nombre de *reglas de Bremen,* se aproximan, en su conjunto, mucho más al modelo legislativo alemán que al sistema inglés: en efecto,

---

(1) Inserta el informe completo el *Journal Clunet,* 1875, págs. 403-406.

(2) Véase en el *Journal Clunet,* 1876, pág. 241.

(3) Ob. cit., pág. 248.

(4) *Barclay et Dainville. Les effets de commerce dans le droit anglais,* 1884, pág. 287.—Thaller, *De la necessité, en droit comparé, d'étudier les doctrines juridiques, etc. Bulletin de la Société de Leg. comp.,* 1889-1900, tomo XXIX, pág. 788.

Digitized by Google

entre las resoluciones acordadas, figura la exclusión de la letra de cambio al portador; la necesidad del protesto para acreditar la falta de pago, y la validez del título, aunque no esté revestido del timbre correspondiente. Se exige la mención sobre el título de las palabras "letra de cambio" o su equivalente (regla 2.ª). No es obligatorio, por el contrario, mencionar ni en la letra ni en los endosos las palabras "valor recibido", ni indicar la causa (regla 3.ª). La regla 5.ª dice que una letra de cambio se considera negociable y a la orden, a menos que exista una prohibición en términos expresos en la misma letra o en un endoso. No es esencial a la letra de cambio la *distantia loci* (regla 8.ª), y se permite el endoso en blanco (regla 9.ª). Admite la aceptación parcial (regla 16) y el aumento de plazo para levantar el protesto en caso de fuerza mayor. En estas disposiciones se entienden comprendidos los pagarés —dice la regla 25—, "en todos los casos en que tal interpretación sea posible, pero no los cupones, cheques y documentos análogos" (1).

El estudio de las 27 reglas de Bremen nos ofrece el ejemplo de un notable esfuerzo para llegar a la conciliación entre las divergencias fundamentales de las leyes, pues si en la mayoría de los casos se ha adoptado el sistema alemán, en toda ocasión en que otros principios parecieron más acertados, aquel sistema fué rechazado; así ha sucedido especialmente con la admisión del principio de la fuerza mayor, no reconocido por el sistema alemán, y con la concesión del recurso inmediato en el caso de negarse la aceptación por el librado.

El influjo de estos trabajos en favor de la uniformidad fué extraordinario. En este momento puede colocarse el punto de partida de la codificación del Derecho cambiario en la mayoría de los Estados. La Ordenanza alemana, que fué causa de casi todo este movimiento, había impresionado de tal suerte la opinión de técnicos y juristas, que, sin ningún acuerdo previo, a partir de 1872, numerosos Estados reforman sus leyes sobre la materia tomando por modelo la legislación alemana. Se dictan leyes especiales en Bélgica (1872), en Hungría (1876) y en los

(1) Véase *Barclay et Dainville;* ob. cit., págs. 287 y sigs. Sobre los estudios que el *Deutscher Juristentag* ha llevado a cabo, véase Potu, ob. cit., págs. 250 y sigs.

Digitized by Google

países encandinavos (1880). En éstos se acuerda un proyecto de ley para los tres países: Dinamarca, Suecia y Noruega, que aprueban los Parlamentos de los tres Estados.

El Código federal suizo de las obligaciones, de 1881; el Código de comercio italiano, de 1882, ambos en vigor desde el año 1883, contienen disposiciones nuevas sobre las letras de cambio, concebidas en el mismo espíritu. En 1882, una ley inglesa ha codificado todas las reglas relativas a los títulos comerciales, reconocidas hasta entonces en su mayoría solamente por el uso. Finalmente, nuestro Código de 1885 ha recibido también la influencia de estos principios, concibiendo el título cambiario en un sentido más favorable al desarrollo de los negocios.

Así ha dicho Lyon-Caen (1): "La mayor parte de las legislaciones sobre la letra de cambio se aproximan entre sí, tendiendo a alejarse en este movimiento del Código francés que, al menos en esta materia, se considera anticuado y poco conforme con las necesidads actuales del comercio."

En realidad, como el propio Lyon-Caen hace notar, si no se sintió en Francia tan intensamente la necesidad de una reforma de su Código, era esto debido a que en la práctica se hacía caso omiso por los comerciantes y banqueros de aquellas disposiciones que pudieran constituír un grave entorpecimiento para los negocios en el caso de ser respetadas. Así sucedía con la exigencia de la *distantia loci*, que no se tenía en cuenta, desde el momento en que el propio Banco de Francia admitía y descontaba los títulos con forma de letra de cambio, creados y pagables en la misma plaza. Algo semejante ocurría con el requisito de la expresión de la causa, que se cumplía, como se cumple en España, empleando fórmulas banales, tales como la de *valor en cuenta*, que es únicamente una especie de "comedia legal".

También en Francia se llevaron a cabo en esta época trabajos prácticos en favor de la unificación. El *Congrés des sociétés savantes o de la Sorbonne*, se reunía en París todos los años, y a él acudían delegados de todas las sociedades científicas de los departamentos y de París. Una de sus Secciones, la de Ciencias económicas y sociales, creada en 1883, comprendía

(1) *Loc. cit.*, pág. 357.

Digitized by Google

en su programa para el Congreso de 1884 esta cuestión, siendo ponente Lyon-Caen, delegado de la Sociedad de Legislación comparada de París (1).

Es un trabajo sumamente interesante el informe de este profesor: estudia especialmente los puntos fundamentales en que se diferencian las leyes de los principales países, reduciéndolos a seis. Caracteriza a continuación los sistemas legislativos típicos, que han servido de modelo a todos los demás, o sean el tipo francés, el alemán y el angloamericano, y trata de las tentativas de unificación llevadas a cabo hasta aquel momento, concluyendo con el examen de las reformas que, a su juicio, se debieran introducir en el Derecho francés, para ponerlo de acuerdo con los usos del comercio.

Importantísima ha sido la labor realizada en esta materia, como en otras semejantes, por el *Instituto de Derecho Internacional*. Esta Asociación, creada en 1873, se propuso desde el primer momento, "determinar las reglas generales que podrían ser sancionadas por Tratados a fin de asegurar la decisión uniforme de los conflictos entre las distintas legislaciones civiles y comerciales" (2).

No tardó el Instituto en hacerse cargo del problema de la unificación, y en la sesión celebrada en Turín en 1882, el Instituto votó las resoluciones siguientes:

1.ª Algunas partes del Derecho comercial deben ser reglamentadas por una legislación uniforme, medio el más radical y eficaz de hacer desaparecer los conflictos de Derecho.

2.ª Las materias cuya uniformidad es sobre todo deseable, son la letra de cambio y demás documentos negociables, el contrato de transporte y las principales disposiciones del Derecho marítimo.

3.ª En cuanto a las demás ramas del Derecho comercial, el interés del Comercio exige que los principales conflictos internacionales sean regulados por medio de Tratados, a falta de disposiciones uniformes en las legislaciones nacionales (3).

---

(1) Véase el informe en *Journal Clunet*, 1884, págs. 349 y sigs.

(2) Asser, *Derecho Internacional privado*. Traducción Prida, página 48.

(3) *Bulletin de la Société de Leg. comp.*, XII, 1883, pág. 603.

Digitized by Google

En la sesión de Munich, de 1883, Norsa presentó un notable informe, que en su ausencia no pudo ser discutido hasta la sesión de Bruselas, en 1885.

Hemos examinado ya la discusión que en torno al procedimiento a adoptarse se promovió en el seno de la Subcomisión. En el informe Norsa aparece la historia de estas deliberaciones del Instituto. Hace una exposición de los progresos del Derecho cambiario, estudiando los sistemas fundamentales; juzga muy acertadamente las bases de estos sistemas, exponiendo los peligros a que podría conducir el llevar demasiado lejos las doctrinas alemanas de la obligación abstracta, del contrato literal, etc. Conforme con que se supriman los obstáculos que impiden a la letra circular libremente, no cree sin embargo, deba llegarse a considerarla como un papel moneda, que convertiría al título en un simple papel sin valor, en un efecto sin causa. El esfuerzo conciliador de Norsa se manifiesta claramente en las siguientes palabras: "Bien que se facilite la rapidez de los cambios, pero sin que pierda la letra su carácter de instrumento de crédito que representa un negocio y que tiene detrás una operación que la letra liquida o concluye."

"El sistema nuevo —dice—, nacido bajo la influencia de la teoría, ganaría siendo combinado con el método antiguo. Todo lo que es de creación puramente teórica debe abandonarse resueltamente... El principio del contrato de cambio con la exigencia de la *distantia loci* y el valor recibido, deben desaparecer." "Así también el principio del papel-moneda con sus rigores superfluos, que traspasan los límites de la solidaridad de los obligados, límites fijados por la ley (1)."

En un anexo al informe Norsa, presenta la Comisión, distribuídos en dos títulos y 60 artículos, los principios y reglas para la redacción de una ley uniforme en materia de letras de cambio y otros títulos negociables.

A continuación presenta Norsa un Cuestionario que deberá servir de preparación para redactar un proyecto de ley uniforme. Este Cuestionario contiene 75 puntos (2).

---

(1) *Annuaire de l'Institut de Droit International,* tomo VII, páginas 64 y 65.

(2) Véase en el *Annuaire,* tomo VII, 1883-1885, págs. 89 y sigs.

Digitized by Google

En la sesión celebrada en Bruselas en 1885 y después de rechazarse una proposición de Norsa en el sentido de que la ley uniforme alcanzase solamente a las letras de cambio internacionales, fué discutido y aprobado, con algunas modificaciones, el proyecto de la Subcomisión. En cuanto al cheque, monsieur Asser combatió la opinión que lo asimila a los títulos de crédito: "El cheque es —dice— verdadera moneda. Es preciso impedir que, para eludir los derechos del timbre, se creen cheques en lugar de letras de cambio." Propuso se aplazase el examen del proyecto sobre unificación del cheque para otra sesión, y así se acordó.

El proyecto definitivo contiene 101 artículos sobre letra de cambio y seis sobre pagaré a la orden, con 10 reglas sobre conflictos de leyes.

Declara obligatoria la mención de las palabras "letra de cambio" o su equivalente sobre el título. No se exige que el lugar del pago sea distinto del de emisión ni tampoco que se exprese el valor. En cuanto a la letra de cambio al portador, no se admite, considerando que el derecho a emitir billetes al portador corresponde exclusivamente a los establecimientos financieros que ofrezcan garantías verdaderas.

Puede el librador, según los principios propuestos en el proyecto, impedir la circulación de la letra, insertando la cláusula *no a la orden*. La falta o insuficiencia del timbre no invalida el título. Admítese el endoso en blanco y se adopta el Derecho alemán en cuanto a la distinción que éste admite para el caso de endoso posterior al vencimiento de la letra, según se haya o no levantado el protesto. Si se ha levantado, el endoso tiene, en tal caso, el valor de una cesión.

El aval debe considerarse como válido, aun en el caso de invalidez de la obligación principal, "precisamente para asegurar el pago de la letra".

En cuanto a la provisión de fondos, punto delicado que ha hecho fracasar tantos proyectos, el presente nada dice. Según Norsa, algunos miembros de la Subcomisión han creído que sería útil formular una regla respecto a la provisión y a la obligación del librado deudor de aceptar la letra; pero la mayoría opinó

Digitized by Google

que era preferible no adoptar ninguna resolución respecto a este asunto.

El portador no podrá rehusar un pago parcial aunque la aceptación hubiese tenido lugar por el todo. Se admite el pago por intervención, y en cuanto a la cláusula *sin protesto,* o *sin gastos,* produce efecto solamente con relación a aquel que la ha puesto: dispensa del protesto dicha cláusula, pero no puede considerarse como una prohibición de levantarlo y no descarga de la obligación de reembolsar gastos.

El Instituto de Derecho Internacional ha fijado la pauta para los trabajos sucesivos en favor de la unificación cambiaria. El texto aprobado es una ley-tipo completísima, que se ofrece al estudio de todos aquellos que posteriormente hayan de dedicarse a este problema, pudiendo afirmarse que cualquier proyecto de ley uniforme que se adopte diferirá muy poco, solamente en cuestiones de detalle, del conjunto de las disposiciones contenidas en el texto aprobado por el Instituto. Este colocó la cuestión en su verdadero lugar, dejando a un lado, en la reglamentacin de la letra de cambio, las cuestiones de Derecho civil cambiario, como la provisión de fondos, y siguiendo el método, desde luego más fácil si se quiere llegar a resultados prácticos, de limitarse por el momento a unificar solamente aquellas disposiciones del Derecho cambiario formal sobre las cuales no existe una oposición tan irreductible entre las legislaciones. Como afirma Potu, este proyecto realiza por vez primera una síntesis armónica del Derecho cambiario mundial (1).

(*Continuará.*)

---

(1) Véanse la discusión y el proyecto definitivo aprobado por el Instituto, en el *Annuaire,* tomo VIII, 1885-1886, págs. 79 y sigs. Cfr. Alberic Rolin, *Tableau général de l'organisation des travaux et du personnel de l'Institut, pendant la période decennale 1904 a 1914.* La Haye, 1919.

Digitized by Google

El servicio personal de los indios durante la colonización española en América

POR

JOSÉ DE BARRASA Y MUÑOZ DE BUSTILLO

CAPITULO II

Los Yanaconas.

Siguiendo el plan expuesto, tócanos tratar de los distintos trabajos obligatorios de los indios, señalando las diferencias que los separan, que se acentúan más, entre los llamados Yanaconas y los demás indios sujetos al Servicio Personal.

Yanaconas, eran los indios que estaban sujetos, por sí y su descendencia, al servicio de una hacienda de españoles, que corresponden a los que en el Perú se denominaban Naborias.

Esta clase de indios nació, según Moreno, al hacerse la división de los nuevos territorios en Corregimientos, que aunque su fundamento no era otro que el justo deseo de reprimir los delitos de los indios, y especialmente los cometidos por los caciques, encomenderos y doctrineros, dió por resultado las deserciones de los indígenas, sin duda por las extorsiones que el nuevo régimen forzosamente los producía, sin que comprendieran las ventajas que de él habían de derivarse, refugiándose en su mayoría en las haciendas de los españoles, dedicándose a servirles en la labor de los campos; naciendo así los Yanaconas (1).

(1) Levene, ob. cit., pág. 44.

Digitized by Google

No sabemos de qué fuentes se ha valido Moreno para llegar a lo expuesto, por ser de una época muy anterior a la suya y no decirnos nada sobre este supuesto origen los escritores contemporáneos, los cuales sólo dicen que los Yanaconas eran indios huídos de sus repartimientos y entrados al servicio de los españoles (1).

Matienzo distingue cuatro clases de Yanaconas (2). Unos, que servían en las Chacras de pancoger, dándoles sus amos tierras en que sembrar, con cuyos productos atendían a su sustento, y el sobrante para venderlo; solían tener carneros de la tierra, con los que se dedicaban al transporte, y algunos, ganados de Castilla; además solían darles sus amos un vestido nuevo cada año; en cada Chacra existía un pueblo de Yanaconas, teniendo su doctrinero, que los imponía en la fe católica. La segunda clase de Yanaconas era la dedicada a servir en las casas de los españoles. La tercera la integraban los que estaban en las minas de Potosí y Porco —de los cuales nos ocuparemos más detenidamente al tratar del Servicio Personal de las minas—; y por último, la cuarta clase, que señala Matienzo, era la de los dedicados al cultivo y beneficio de la Coca en los Andes (3).

Según Moreno, sólo existían tres clases. La primera formada por los fugitivos que al abandonar sus repartimientos entraron en las haciendas de los españoles. La segunda los que quedaron vagabundos en los campos, para vivir de sus vicios, sin sujetarse a caciques ni doctrineros. Los terceros los que marcharon a las ciudades para dedicarse a los mismos vicios que los anteriores. A los primeros los llama Yanaconas de Chacras, y a los segundos y terceros Yanaconas de la Real Corona (4). A primera vista parece que existe una contradicción entre las clasificaciones de Matienzo y Moreno; pero, a nuestro entender, no, toda vez que dentro de la primera clase que distingue Moreno se encuentran comprendidas las cuatro clases de Matienzo, puesto que éste sólo llama Yanaconas a los que trabajan, mien-

(1) Matienzo, ob. cit., cap. VIII, pág. 18; y Solórzano, ob. cit., libro II, cap. IV, pág. 40.

(2) Matienzo, ob. cit., cap. VIII, pág. 19.

(3) Matienzo, ob. cit., cap. VIII, pag. 19.

(4) Moreno, Servicio Personal, pág. 45.

Digitized by Google

tras el primero considera comprendidos dentro de ellos dos clases que simplemente son vagabundos, ya estén en los campos o en las ciudades, convirtiéndose en Yanaconas al ser empadronados —como más adelante veremos— por disposición Real. Solórzano no divide a estos indios, circunscribiéndose a decir que se dedicaban a servicios particulares de los españoles (1).

Sea cual fuere el origen y clase de los Yanaconas, éstos tuvieron gran arraigo entre los colonos españoles, los cuales se esforzaron en sostener la legitimidad de tal institución, por considerar que estaban obligados a seguir sirviendo en las Chacras los que habían ido voluntariamente a ellas, sin que tuvieran libertad para poder cambiar de residencia. Alegaban además, los que tenían Yanaconas, según refiere Solórzano (2), unos: "que huídos de sus naturales se avian aquerenciado de tiempo antiguo en sus casas, heredades, o possessiones, que allá llaman Chacras, para servirles en ellas en lo que les mandassen y ocupasen con buenos y honestos partidos, doctrinándoles en la Fe y dándoles de vestir y conveniente salario, y a veces algunos pedazos de tierra, que labrassen por su cuenta y para su mesmo sustento; que teniendo ya esta habitación como por propia, y olvidada la antigua, tenían derecho en ellos, y en sus Mugeres y hijos, para que no se les pudiessen quitar sin justa causa; y que aun tratándose de esto, se les avían confirmado como en contradictorio juizio por los Justicias y Magistrados de las Provincias (3)" Otros, que aun los avian recebido para este fin de manos de los propios Gobernadores y Magistrados, que viendo estos indios vagantes y sin tener ni conocer cierta y fija reducción o repartimiento, ni Cacique, o Curaca, que los governase, y cobrasse de ellos sus tassas o repartimientos que debiessen pagar y servicios públicos a que tuviessen obligación de acudir, se los avían adjudicado para siempre, para el servicio de sus casas o Chacaras, con las condiciones referidas y que daron ellos y sus descendientes, como serviciales adcripticios de sus casas y possessiones, y no se podían ausentar dellas (4)."

(1) Solórzano, ob. cit., lib. II, tít. IV, pág. 40.
(2) Solórzano, obr. cit., lib. II, tít. IV, pág. 40.
(3) Solórzano, ob. cit., lib. II, tít. IV, pág. 40.
(4) Solórzano, ob. cit., lib. II, tít. IV, pág. 40.

Digitized by Google

Recibiendo distintos nombres según los lugares, así en el Perú se les llamó Yanaconas, y en Nueva España, Naborios (1).

Fué tal el arraigo que en poco tiempo tomó tal costumbre, que a pesar de las numerosas quejas que contra ella llegaron al Consejo de Indias, eran tantos los inconvenientes que se oponían a su derogación, que si bien al fundarse la Real Audiencia de las Chacras en el 1561 se ordenó que no consintieran, bajo ningún pretexto, que de allí en adelante indio alguno "desamparase sus repartimientos, ni se diesen por Yanaconas", esta costumbre siguió rigiendo con todo vigor, aumentándose considerablemente el número de ellos (2).

Otro resultado dieron las quejas que contra esta institución llegaron hasta el Rey porque, enterado éste de la existencia de esta clase de indios, que se encontraban al margen de toda la organización políticosocial a que se hallaban sujetos los demás indígenas, escribe al virrey don Francisco Toledo carta del año 1571, donde dice: "También referís, aver en esse Reyno mas de cinquenta mil Indios Yanaconas, y que podrían tributar como los demás, y que los vais haziendo reducir a pueblos particulares, especialmente a las ciudades, y que desde luego contribuyan para la doctrina, y hecho esto, trataríades de los demás; lo qual ha parecido bien y assi lo haréis (3)." En virtud de esta orden —que había sido dada en iguales términos a los Presidentes de Quito (año 1563) y Nueva Galicia (1565) y al Virrey del Perú (1568), por medio de Cédulas (4)—, el virrey Toledo procedió a realizar el empadronamiento de estos indios, marcando el tributo que cada uno debía satisfacer (5). En forma parecida se realizó el empadronamiento en los demás territorios. Después de realizados esos empadronamientos de los indios Yanaconas, continuaron llegando a aquellos territorios y especialmente al Potosí, otros indios vagos y forasteros, que Moreno denomina criolios (6).

---

(1) Solórzano, ob. cit., lib. II, tít. IV, pág. 40.
(2) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. IV, pág. 40.
(3) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. IV, pág. 48.
(4) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. IV, pág. 48.
(5) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. IV, pág. 48.
(6) Moreno, ob. cit., pág. 46.

Digitized by Google

Aparte de estas disposiciones, que sólo tendían a una buena organización administrativa, que al mismo tiempo que legitimaba y mejoraba la situación de los indios que vagaban por los campos, que se encontraban fuera de toda ley y que eran un peligro para los demás habitantes de aquellas Colonias, hacía posible que se les pudiera obligar a tributar moderadamente, aliviando la situación de los demás indios tributarios, trataron nuestros Reyes de atender todas las quejas que sobre estos servicios llegaban hasta ellos, dando unas veces Cédulas con este objeto y enviando otras instrucciones precisas a las Autoridades coloniales para reprimir los hechos denunciados. Sin que pudieran seguir adelante en su deseo de llegar a la completa supresión de los Yanaconas, como era deseo manifestado desde los primeros años del descubrimiento por los Reyes Católicos y continuado en sus sucesores, por comprender todos las poderosas razones que los funcionarios de las Colonias oponían a tal medida, dignas de tenerse en cuenta, y que eran de temer, como esos funcionarios señalaban, graves trastornos y quebrantos en las industrias que se habían establecido teniendo por base el trabajo de los Yanaconas.

No podía quedar satisfecha la voluntad Real concretándose a evitar los abusos y agravios denunciados; e imposibilitados de curar el mal radicalmente aboliendo la institución de los Yanaconas, tratan con todo empeño de limitarla lo más posible, como lo demuestran diversas disposiciones y especialmente la que se dirige al virrey don Francisco Toledo encargándole mirase con mucha atención esta materia "y proveyese en ello conforme a justicia y leyes de buena razón y gobierno le pareciese convenir (1)". Para dar cumplimiento a esas instrucciones visitó personalmente el virrey Toledo aquellas provincias, y en vista de la especial disposición de las mismas y de sus pobladores, y atendiendo las razones que en pro y en contra de estos servicios se alegaban, tomó resolución no hacer novedad en los Yanaconas de las Chacras, dejándoselos a los que los poseían, con algunas modificaciones de las condiciones de la primitiva concesión entregándoselas de nuevo a los mismos dueños de las Cha-

(1) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. IV, pág. 40.

Digitized by Google

cras por padrón para que en todo momento se supiera el número de los que poseía cada uno y de los cuales tenía que responder ante la Justicia ordinaria, y que sólo pudieran ser compelidos a trabajar por los dueños de las Chacras, y en los trabajos a que podían ser dedicados cuando vivían en sus antiguos pueblos o reducciones. Con esto quedaron convertidos en parte de las mismas Chacras, que pasaban a poder de los nuevos poseedores por cualquiera de los títulos traslativos del dominio.

No faltaron autores de la época que reprobasen esta incorporación, aunque prevaleció la opinión contraria, que contaba con poderosos sostenedores, siendo de especial mención don Juan Ruiz de Bejarano, oídor que fué de la Real Audiencia de las Chacras, que escribió una larga disertación sosteniendo la legitimidad de la institución de los Yanaconas (1); y el licenciado Matienzo, en su glosa de la ley 12, tit. 10. lib. II de las Recopiladas de Castilla, dice: "que no se puede adoptar a los Yanaconas, porque aunque hay prohibición de que ningunos indios sirvan forzados, estos en la provincia de las Chacras, por justas causas, está introducido y permitido que puedan servir y sirvan en las heredades y Chacaras de los españoles, donde ellos habitan gustosos, y las labran para sí y para sus dueños, señalándoles competentes salarios o jornales por sus trabajos (2)." De la misma opinión es el padre Agia, que no reprueba esta institución en sus escritos contra otras formas del Servicio Personal (3).

De los escritores posteriores el que ataca con más dureza esta costumbre es Moreno, influyendo sin duda en este ataque el tiempo transcurrido desde el nacimiento de la institución de los Yanaconas hasta que este autor escribió su disertación en el año 1802, lo que es muy de tener en cuenta. La opinión de Moreno tiene para nosotros gran importancia, pues por él sabemos que en el año 1802 aún existían esta clase de indios; dice así: Por lo que soi de parecer que esta introducción y costumbre es del todo abusiva y perjudicial, destructiva de los autori-

(1) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. IV, pág. 41.
(2) Matienzo, ob. cit., pág. 20.
(3) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. IV, pág. 41.

Digitized by Google

zados privilegios de los indios, y aunque por los respetos de los tiempos la han tolerado nuestras leyes, sin embargo, en la actualidad serían dignos de los mayores elogios aquellos magistrados que emplearan todo su empeño y zelo en exterminarla, porque si atendemos a la decantada libertad de los indios, que tan seriamente encargan nuestras leyes, si atendemos a los autorizados privilegios que de ellas resultan como miembros de una bien organizada República, vendremos en conocimiento de la notoria violencia que se les hace precisándoles a agenos y determinados servicios con exclusión de aquellos que voluntariamente quisieren elegir. Nada debe estar más distante de un buen ciudadano que la criminal holgazanería; pero nada debe de estar también más lexos de un hombre libre que la coacción y fuerza a unos servicios involuntarios y privados. Lo interesante de la cultura de los campos y la escasez de operarios que había a los principios de la Conquista autorizaban a los antiguos magistrados para que obligasen a los indios a dedicarse al trabajo y servicio de las Haciendas y Chacras; ¿pero será justo y razonable que queriendo un indio contraerse a servir con su familia en la Chacra de Pedro, se force a que él y sus hijos sirvan en la de Juan, sin más mérito que haber servido en ésta sus abuelos desde tiempos pasados? (1)."

No nos puede extrañar la forma tan dura con que ataca este autor esta clase de servicios, por la razón antes apuntada del tiempo en que fué escrita esta tesis, pues nosotros seríamos los primeros que atacaríamos con toda dureza cualquier disposición que en estos tiempos atentara a la libertad que tiene todo hombre por el solo hecho de serlo; mas ello no nos impide sostener la licitud y el adelanto que significaba la institución de los Yanaconas en los tiempos de guerras religiosas, Inquisición y esclavitud, siendo de lamentar que el alto nivel intelectual que representan algunos escritores españoles de aquella época no fuera el general de España y de Europa, ni mucho menos el de los naturales de los territorios descubiertos en América, pues de haber sido así, no consideraríamos justificada la implantación de esta, ni de ninguna otra Institución que

(1) Moreno, ob. cit., pág. 46.

Digitized by Google

mermara en lo más mínimo el derecho a la libertad del trabajo que todo hombre tiene.

Acuden en apoyo de nuestra tesis, no sólo las razones de los autores de aquella época defensores de esta costumbre, que por estar imbuídos del espíritu religioso, que tan gran predominio tenía en aquellos tiempos, difieren en puntos esenciales de las nuestras, sino también algunas del autor que hemos señalado como el más resuelto enemigo de ella, Moreno, pues éste nos dice que Europa suministraba ejemplos de instituciones semejantes desde los remotos tiempos del Imperio romano hasta después de haberse implantado los Yanaconas en nuestras Colonias americanas, tales como los adcripticios o colonos, en Roma, que tan gran desarrollo adquirieron al extenderse el Imperio romano; en la Edad Media y principios de la Edad Moderna, los mansarios de Milán, y los de Remenza en Cataluña, con instituciones análogas en Alemania y el Palatinado (1). Lo que demuestra que no hicieron los colonizadores españoles otra cosa que aplicar dulcificadas en América las ideas y las instituciones imperantes en el Mundo Viejo.

No creemos tenga gran fuerza contra lo sostenido por nosotros los vejámenes y trabajos que algunos autores dicen padecieron los naturales de las Colonias españolas, por tener en contra de esas alegaciones lo expuesto por autores de la época, tales como Matienzo, que en su libro *El Gobierno del Perú*, dice "que los naturales se encontraban satisfechos de haber sacudido la tiranía de sus caciques, convirtiéndose en libres de no saber qué cosa era propia; tienen hazienda, tractan y contractan; vivían sin policía, teniéndola con los españoles, aprendiendo officios y ganando de comer (2)." De la misma opinión es el padre Acosta (3).

Pero aun en el caso que se cometieran abusos, éstos no pudieron ser de la índole ni en la cuantía que dicen algunos autores, por no haberse separado un instante la atención de los Reyes del desenvolvimiento de las instituciones que podían oca-

(1) Moreno, ob. cit., pág. 48.

(2) Matienzo, ob. cit., pág. 18.

(3) Acosta, *Historia Natural y Moral de las Indias*, lib. VI, capítulo XV, págs. 118 a 122.

Digitized by Google

sionar vejámenes a los indios, haciendo con frecuencia se girasen visitas por los Oficiales Reales y en numerosos casos por comisiones nombradas especialmente, sin que por ello dejara de recomendarse frecuentemente a los Virreyes, Gobernadores y Presidentes el buen tratamiento de los naturales y el castigo de los abusos que a los mismos se hicieran; y expidiendo Cédulas en las que se hacía la misma declaración; siendo en este sentido muy importante la Ordenanza llamada del Servicio Personal, de 1601, en cuyo capítulo V se recomienda que se mire con particular cuidado el buen tratamiento de los indios y que vayan de su voluntad a las Chacras que quisieren, y no sean detenidos en ellas por la fuerza, con paga o sin ella (1).

Lo primero que trataron de evitar los Reyes fué el aumento de esta clase de servidores, remediando el abuso que los dueños cometían en algunas Chacras de detener en ellas indefinidamente a los indios que se les habían encomendado o que se habían alquilado voluntariamente, tratando subrepticiamente de convertirlos en Yanaconas, lo cual fué terminantemente prohibido en diversas Cédulas, siendo la primera del año 1542, referentes a Yanaconas y Naborios (2), repetida en 11 de marzo de 1550, e inserta en la de 23 de noviembre de 1566, en que se mandaba: "Que no se encomienden ni consientan Yanaconas en el Perú, ni puedan servir ningún indio por vía de Naborio, ni Yequio, ni por otro modo alguno contra su voluntad y sin pagarles su trabajo. Porque el encomendarse los dichos Yanaconas se tiene por cosa perjudicial y que no conviene (3)." Lo mismo se establece por otra Cédula, dada en Toro a 21 de septiembre de 1551 (4). En todas ellas se comprende, como condición precisa, la voluntad del indio de trabajar en una hacienda, sin cuyo requisito la ley lo prohibe terminantemente; respetándose, por esta razón, a los que tenían Yanaconas que habían abandonado voluntariamente sus pueblos y reducciones para servir en sus haciendas. Se avanza un paso más en la Cédula de 19 de noviembre de 1699, pues aunque en ella se parte del nacimiento

(1) Solórzano, *Política Indiana*, lib. II, cap. IV, pág. 41.
(2) Solórzano, *Política Indiana*, lib. II, cap. IV, pág. 42.
(3) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. IV, pág. 42.
(4) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. IV, pág. 42.

Digitized by Google

voluntario que en los primeros tiempos tuvo la institución de los Yanaconas al presentarse ellos de por sí, sin que mediara fuerza ni coacción, en las haciendas de los españoles, ello no es bastante para la citada disposición, que ordena: "Que se les dé a entender a los dichos indios, Yanaconas o Naborios, que son libres para poder hazer de sí lo que quisieren, tomando el amo que más le contentare y mejor los tratare, sin que en ello haya inducimiento, cautela, ni engaño alguno, ni sean traídos, ni apremiados a ir, ni estar en otra parte, ni con otras personas algunas, sino con quien ellos quisieran estar de su voluntad (1)."

Por estas disposiciones se ve hasta qué punto llevaron nuestros Reyes su propósito de atender a la libertad de los indios, no queriendo ampararse, para sostener esta institución, en que estaba sancionada por la costumbre y por el asentimiento de los sujetos a ellas, que voluntariamente se habían obligado, sino que dieron libertad a los que sufrían las consecuencias del consentimiento de sus progenitores para que legalmente pudieran romper ese vínculo, dirigiéndose a trabajar donde quisieran. Gran sentido político y justicia encierra esta forma de legitimar la obligación contraída por los naturales de trabajar en determinadas Haciendas o Chacras, porque de esa manera se evita el sufrimiento de los que contra su voluntad estaban sujetos a estos servicios; y por otra parte, no se obliga a los naturales que amparados en esta institución habían creado su vida a abandonar forzosamente las Haciendas; evitándose además el gran quebranto que hubiera sufrido la economía de las Colonias si de una manera radical se hubiera decretado la abolición de estos servicios.

Reprímese, en cambio, el sonsacar los indios de las Chacras (2), bajo pena de 30 pesos y volver al indio; igualmente los que se hubieran sometido por su voluntad a estos servicios y después huyeran debían ser restituídos a las Chacras o Haciendas de donde se habían escapado (3). Para evitar estas fugas se prohibió a los Yanaconas el ausentarse de las Chacras,

(1) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. IV, pág. 42.
(2) *Ordenanzas del Perú*, ordenanza 10, tít. IX, lib. I.
(3) *Ordenanzas del Perú*, ordenanza 12, tít. X, lib. I.

Digitized by Google

necesitando para ello licencia de los Virreyes, Gobernadores o Presidentes (1), que no solían concederla si no era pedida o apoyada por el dueño de la Chacra o Hacienda donde vivía el solicitante. Con ello se garantizaba que los indios no pudieran huír, mas quedaba sin defender el derecho del Yanacona a no ser echado de las Haciendas; para ello se dió la Ordenanza VII tit. X, lib. I, del Perú, en que se mandaba que los indios que hubieran residido más de cuatro años en una Chacra o Hacienda no pudieran ser expulsados de ella, permitiendo a los dueños que pudieran hacerlo con los que no llevaran este tiempo, los cuales podían ser mandados a sus antiguos repartimientos o reducciones, sin derecho a indemnización alguna (2).

Existía otro medio para salir el Yanacona de la Hacienda donde prestaba sus servicios e ingresar en un repartimiento, establecido por la Ordenanza X, tit. X, lib. I, de las del Perú, que dice: "El Yanacona que se casare con india de repartimiento, se mande vaya al repartimiento donde era la mujer, pidiéndolo el encomendero o cacique del tal repartimiento, y así lo mande ejecutar la Real Audiencia o el Presidente de ella si le pareciese que no huvo dolo o culpa de parte del dueño para que se casaren o casándose el tal Yanacona sin licencia del Padre del tal repartimiento"; dejando, sin embargo, esta disposición que las autoridades del territorio examinaran si había habido dolo o malicia, en cuyo caso fijaban la residencia del nuevo matrimonio (3).

Otra condición general puesta a estos servicios era la que tenían los dueños de las Chacras o Haciendas de darle a los Yanaconas un justo salario, disponiéndose a este respecto: "Porque es justo que a los Yanaconas se les pague su justo y debido salario mando que les den lo primero Chacras en que siembren como hasta aquí lo han acostumbrado a dar, o las que pareciese suficiente al Juez de indios, quejándose algún Yanacona, que no le den las suficientes, dándole así mismo aparejo de bueyes y arados y rejas con que puedan labrar, y dejándoles tiempo para hacer sus sementeras, y beneficio y labores de dichas Chacras,

(1) Ordenanza 7, tít. X, lib. I, de las del Perú.
(2) Ordenanzas 7 y 8, tít. X, lib. I, de las del Perú.
(3) *Ordenanzas del Perú*, ordenanza 9, tít. X, lib. I.

Digitized by Google

que ha de ser primero que las de sus amos, para que con lo que les den ellas se puedan alimentar y vestir a sus mugeres e hijos, y además de esto han de dar a cada Yanacona un vestido nuevo de abasca, y les han de curar su enfermedades y ampararles y defenderlos de los que les quisieren hacer daño y dejarles ir a vender lo que cogieren a esta ciudad i a Potosí y no de otra manera, y sin que tomen ni compren para sí los dueños de las Chacras, ni traten ni contraten con ellos, so pena de 50 pesos la primera vez que lo compraren, o tomaren, o contrataren con los dichos Yanaconas, y que el juez de indios se lo haga volver. Y además de esto han de pagar el salario al sacerdote de la doctrina lo que cupiere, según que le sea repartido como está dicho, y asimismo los han de dejar un día cada semana de trabajo para que atiendan sus haciendas, aunque no sea tiempo de sementera, y de desherear, que en este tiempo no serán obligados los dueños de las Chacras a dar esse día queriéndolo ocupar en dicha sementera por la falta que les haría con pasarse la sasón del sembrar y deshernar con tanto que en esto no se pueda ocupar más de un mes cada año, porque acabado dicho mes, y antes y después, les han de dejar dicho día cada semana como está dicho, declarado y ordenado. Y no les han de hacer trabajar en los dichos días en sus mismas Chacras, ni que trabajen más horas que las acostumbradas, que es de sol a sol; ni les han de hacer que trabajen las mugeres ni los muchachos que no fueren de edad de 18 años si no fuere casado, porque siéndolo, aunque menor de edad, ha de quedar por Yanacona, en las obligaciones y paga que a los demás Yanaconas. Y no han de ser obligados a trabajar los viejos que tubieren cincuenta de ay arriba, a los cuales no han de quitar sus Chacras, no adquiriendo otro derecho ni posesión a ella como arriba queda dicho (1)."

La obligación del salario se contiene también en la Ordenanza del Servicio Personal de 1601 (2), en la que se mandaba, de manera terminante, que el jornal fuera marcado por los mismos indios, y sólo en el caso de manifiesto abuso, podía ser tasado por las autoridades. Solamente existía una excepción a esta obligación: se refería a los indios vagabundos recogidos

(1) *Ordenanzas del Perú*, ordenanza 11, tít. X, lib. I.
(2) Recop. cit., ley 2, tít. XIII, lib. VI.

Digitized by Google

por Virreyes, Presidentes de Audiencia y Gobernadores y asignados a una Chacra o Hacienda de españoles para que en ella trabajasen, cuyos dueños sólo tenían la obligación de atender a su sustento y darles el vestido que necesitasen (1). Ley parecida a la que regía en España respecto a los vagabundos desde tiempos de don Juan I: la llamada de Briviesca, que refiere Montalvo.

Dignas de mención son las Ordenanzas dadas por el virrey don Francisco de Toledo para el cumplimiento de las Reales cédulas citadas. En ellas se mandaba que en tanto se permitiesen los Yanaconas no fueran apurados por los dueños de las Chacras. Ni los separen de sus mujeres, hijos, ni haciendas; no pudiéndolos castigar con dureza, "porque esta era bastante causa para que se les pudiera quitar a los señores los esclavos, existiendo mayor razón para obrar de este modo con los encomenderos o dueños de Chacras o Haciendas que trataren de este modo a los naturales" (2).

Solórzano añade: "Que si se les permite se sirvan de ellos, es más por la causa pública y bien de los mesmos indios, que para que con su trabajo y sudor se enrriquezcan con aprovechamientos particulares. Y assí no los pueden vender, donar ni cambiar de por sí, ni aun reserbándolos para si por virtud de algún pacto, en caso que enagenen las heredades a que están aplicados, aunque, por el contrario, les será y es permitido traspassarlos como accesorios dellas, quando las vendan, ora hagan estas ventas llanamente, ora diziendo que con todos sus derechos y pertenencias. Porque assi lo declara el común, en las leyes que de esto tratan. Haziendo tanto aprecio de estos colonos o Yanaconas, que por solo que su poseedor intente venderlos o enagenarlos de por sí, es visto aver también querido vender, donar o enagenar el fundo a que están adferidos o mancipados, porque no pueden consistir ni darse sin él (3)." Estas ventas de que habla Solórzano se permitían con ciertas condiciones, estando terminantemente prohibido que figurara en el contrato de venta, arrendamiento o cesión de una Chacra el nú-

(1) *Ordenanzas del Perú,* ordenanza 12, tít. XI, lib. I.
(2) Solórzano, *Política Indiana,* lib. II, cap. IV pág. 43.
(3) Solórzano, ob. cit., libro II, cap. IV, pág. 43.

Digitized by Google

mero de Yanaconas adscriptos a ella, para evitar que pudiera influír en la fijación del precio de dichos contratos (1).

La circunstancia de encontrarse estos indios fuera de sus repartimientos no les eximía del pago del tributo al Rey. Existían algunas razones que justificaban esta determinación, entre otras, y sin duda la de más fuerza, la de evitar el fraude que podía hacerse en caso contrario, haciendo además de mejor condición a los que habían huído de sus repartimientos y reducciones para servir a los españoles en sus Chacras o Haciendas, y otras razones que se dan en los capítulos de Instrucciones enviadas al Virrey de Quito en el año 1563, y al del Perú en 1568 (2). Antes de estas disposiciones se había expedido una Cédula al Presidente de Nueva Galicia para que cuidase de tasar los tributos de los indios Yanaconas y que se pagasen al Rey, "por las cavezas de los indios" que se hallasen trabajando en las Haciendas y Chacras de los españoles (3).

Solórzano, al referirse a la manera de recaudar el tributo de los Yanaconas, dice: "Yo aconsejaré siempre que los cogedores de estos tributos de los Yanaconas se agan con blandura en esta cobranza, porque haziendo lo contrario, no les den ocasión de ausentarse y desamparar las labranzas (4)."

El tributo fué marcado por los mismos Reyes, a razón de un "peso ensayado" por cada Yanacona, empezando la obligación de tributar a los diez y ocho años, y antes si estaban casados, y terminando a los cincuenta, salvo los casos de enfermedad o inutilidad para el trabajo (5).

Tal es la legislación referente a esta Institución, que contiene grandes novedades, destacándose el interés que guió a los legisladores, que no fué otro que las necesidades de los indios, sin tener para nada en cuenta el interés bastardo, pero no por ello menos poderoso, de los colonos y hacendados, que vieron mermar sus derechos por la mano firme y justiciera de nuestros Reyes, que no se paraban a considerar los quebrantos que po-

(1) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. IV, pág. 42.
(2) Solórzano, ob. cit., libro II, cap. IV, pág. 43.
(3) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. IV, pág. 43.
(4) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. IV, pág. 43.
(5) *Ordenanzas del Perú,* ordenanza 14, tít. X, lib. I.

Digitized by Google

dían ocasionar en sus tesoros disposiciones tan humanitarias y beneficiosas para el elemento indígena.

Legislación en la que se establece la preferencia que tenían los Yanaconas para labrar sus tierras, cuando en la actualidad, abolida la esclavitud, proclamada de modo incuestionable la libertad del trabajo, se encuentran los trabajadores de nuestros días sujetos por la garra de los caciques rurales y de los grandes propietarios, que les obligan a labrar sus tierras por irrisorias cantidades, que no alcanzan, por la carestía de la vida actual, para reponer el quebranto producido por el rudo trabajo a que son dedicados por los modernos negreros, teniendo que dejar abandonadas sus labores, bajo pena del desahucio, la emigración, y en corto plazo la muerte, sin que a ello se oponga en este siglo —llamado por un ilustre escritor de la libertad— ley alguna que evite tan odiosa servidumbre, cuando en tiempos de fanatismo religioso, esclavitud y prerrogativas de clases se establecían medidas tan justas como las que contiene nuestra legislación de Indias, encaminadas a proteger a los naturales de los territorios descubiertos en el Continente americano.

Inténtase atacar esas disposiciones fundándose en que fueron letra muerta, que nadie intentó aplicar, diciendo en este sentido Moreno que las sabias leyes insertas en nuestra legislación de Indias no tuvieron efecto práctico alguno; que su incumplimiento fué notorio, a pesar del interés efectivo de los Reyes y el ficticio de los hacendados que ensalzaban su exactitud en cumplirlas. Fundándose en que Solórzano, práctico en la materia, no duda en asegurar que son pocas las que se guardan, añadiendo Moreno "que los excesos de los hacendados dieron mérito a que se le dirigiese una Cédula al virrey don Luis Velasco, en que seriamente se le encargaba que acabe de una vez con todos los Yanaconas, restituyéndolos a su primitiva libertad. En virtud de esta soberana disposición dirigió S. E., según refiere Escalona, las correspondientes provisiones a las Provincias para su puntual cumplimiento. Pero esta Real Audiencia se opuso a la nueva implantación, alegando podrían suscitarse algunas novedades, y que era conveniente dexar las cosas en su antiguo y primitivo estado; y así, a título de conveniencia pública (que en sentir de este mismo autor es la que siempre se ha conjurado

Digitized by Google

contra esta nación), se prosiguió en aquella perjudicial y antigua tolerancia" (1).

Siguiendo en su arraigada costumbre, no señala Moreno la fecha de la Cédula, aunque parece se refiere a la que nosotros hemos citado, en que se establecía que se dejara en libertad a los indios de abandonar, si fuera su voluntad, las Chacras o Haciendas de los españoles, aunque en la cita de Moreno se encuentra radicalmente variada. Si así fuera, no tenemos para qué repetir el juicio favorable que a nosotros nos mereció el romper con la costumbre que tanto daño producía, extrañándonos la conducta de la Audiencia al oponerse a disposición tan justa; no habiendo encontrado nosotros, en Matienzo ni Solórzano, parte alguna en que pueda fundarse lo que dice Moreno, el cual en muchas ocasiones se deja llevar de su exaltado espíritu en pro de la justa causa de la completa libertad de los indios; pero olvidando sin duda que si existieron algunos, no muchos, casos de incumplimiento de las Cédulas, es, por desgracia, ejemplo de todos los tiempos y todos los lugares, por la fuerza que contra la ley ha tenido siempre la resistencia de los intereses y del egoísmo humano. Ejemplos de ello los tenemos en todas las épocas; en la actual, a pesar de la fuerza de penetración y coacción del Estado, miles de ejemplos nos brindan los diarios acontecimientos. En España, entre muchos, podemos citar: la carestía de las subsistencias, burlando todas las disposiciones que han tratado de evitarla; el incumplimiento de la ley de la jornada de ocho horas. En el extranjero, en Europa, lo que ocurre con las leyes sociales de protección al trabajo en el Congo Belga, en el Francés y en el Camerón —por no citar más—, que tanto han hecho gemir a la Prensa de todos los países. En las naciones hispanoamericanas, el trabajador del Yucatán, el del Perú, son ejemplos demasiado elocuentes.

Hasta aquí nuestra disconformidad con Moreno, coincidiendo con él en su ataque contra la vigencia de la institución de los Yanaconas en los principios del siglo XIX, suscribiendo sus palabras cuando dice: "Si en aquellos tiempos fué de este parecer este superior Tribunal, las circunstancias del día prometen que, abrazando contrario dictamen, propenderá a arrancar de raíz

(1) Moreno, ob. cit.

Digitized by Google

tan ilegítima servidumbre. No hablo sin fundamento. Pues en el pleito que actualmente se sigue en esta Real Sala entre los dueños de las Haciendas de Siporo con los indios Yanaconas, que viven adscritos a ellas, sobre solicitud que éstos han entablado de que se les liberte enteramente de aquella pensión, habiéndose corrido vistas sobre el asunto al señor Oidor que hace de Fiscal, opinó éste se debía acceder a la pretensión de los indios, poniéndoles en plena y perfecta libertad, parecer que sin duda tuvo por norte el que dió el señor don Juan de Solórzano en otra semejante ocasión, pues asegura de sí mismo que habiendo llevado a la Real Audiencia de Lima (siendo el Oidor en ella) la solicitud de un encomendero que pretendía se le diesen por propios, adcripticios y en encomienda perpetua unos indios que andaban huídos y vagantes de sus reducciones, escondidos en montes y quebradas, bajo obligación que se comprometía de buscarlos y reducirlos a su costa, se opuso a la citada pretensión por considerarla enteramente opuesta a la privilegiada libertad de los indios (1)."

Insistimos en que coincidimos con Moreno en esta última parte de los cargos por la subsistencia en el siglo XIX de la institución que estudiamos, lamentando que las corrientes de los tiempos no influyeran en los últimos Reyes que gobernaron en nuestras antiguas Colonias americanas para realizar el pensamiento de sus progenitores, que la cultura y avance de los tiempos habían hecho factible, necesitándose que pasaran algunos años después del nacimiento de las nacionalidades hispanoamericanas para que definitivamente se aboliera esta institución, que si en los primeros tiempos, y aun puede afirmarse hasta la segunda mitad de la obra colonizadora de España en el Nuevo Continente, representaban un evidente progreso, pasados ésos resultaba arcaica y en pugna con las modernas ideologías. Siendo de sentir que la labor de los primeros Reyes, tan amantes de los naturales y de su libertad, en perpetua asechanza de la circunstancia que hiciera posible un acrecentamiento de ella, fuera rota por los últimos, que como Carlos IV y su hijo Fernando VII, olvidaron tan sabio camino para dedicar su completa atención a

(1) Moreno, ob. cit.

Digitized by Google

querellas de familia y proyectos de dominación, que tan fatales consecuencias trajeron a nuestra Patria, dejando por tan bastardas causas sin cerrar dignamente obra que fué tan sabia y liberal en sus comienzos, o lo que es peor, cerrando con sangre lo que debió terminar con una compenetración espiritual.

CAPITULO III

La Mita.—Clases de Mita.

Existía otra forma de trabajo obligatorio de los indígenas de las Colonias españolas de América, que había alcanzado gran desarrollo, muy superior al de la institución de los Yanaconas, estudiada por nosotros en el capítulo anterior; tal era la Mita, que consistía en repartimientos de indios para un trabajo determinado por un lapso de tiempo, variable según la clase de aquél y las condiciones climatológicas, tiempo que se llamaba Mita, naciendo de ahí el nombre de Mitayos o Mitendarios, con que se denominaba a los indios sujetos a esta clase de trabajo.

Existían Mitas para los siguientes trabajos: Labor de las minas de oro, plata, azogue y esmeraldas; beneficio de los mismos metales; labor de los campos, de las Chacras, viñas, olivares e ingenios; pesquería de perlas; tambos; carreterías; trabajo en las casas de los españoles; ganadería y pastoreo; beneficio de la coca y del anix y bogas. Estudiaremos cada una de estas Mitas, dejando para el capítulo siguiente la referente a la labor de las minas y beneficio de los metales; no sólo por la importancia que alcanzó esta industria en las antiguas Colonias españolas de América, sino también por ser donde principalmente dirigen los autores extranjeros los más duros ataques contra la obra colonizadora de España, razón por la que nos veremos precisados a examinar con mayor detenimiento todo lo referente a ese Servicio Personal de los indios, haciendo una sucinta enumeración de los principales argumentos de que se valen los citados autores para atacarle, y trataremos de demostrar entonces la injusticia de esas censuras y lo gratuitas que son las afirmaciones de tan distinguidos escritores.

Digitized by Google

MITA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE CASAS, CAMINOS, FUENTES Y PUENTES Y SU REPARACIÓN.

Esta Mita, la primera que estudia Solórzano (1), tiene su origen en los antiguos tiempos de los reinos de México y el Perú, encontrándola establecida nuestros descubridores cuando desembarcaron en ellos. Hernán Cortés dice al Rey (2) que habiendo necesitado, durante el asedio de la capital del reino mexicano, casas donde alojar las tropas, se ofrecieron a construírlas los caciques de Ystapalapa, Oichilobuzco, Mejicaningo, Cubucán, Mizquique y Cuitaguaca, mandando sus súbditos, que eran los que construían las suyas; haciendo tantas, que desde la primera a la última había tres tiros de ballesta (3). En otra carta dice Cortés al Emperador (4) que al conquistar la ciudad de Temixtitán, repartió a los de su compañía los solares que en ella había, donde construyeron los naturales, siguiendo la costumbre establecida, casas para albergue de los españoles (5). López de Gómara, en carta del año 1519, dirigida a la reina doña Juanada y al emperador don Carlos, se refería ya a las casas encontradas en el reino mexicano, diciendo que unas eran de cal y canto, con aposentos bajos y pequeños, y otras de adobes y encaladas; coincidiendo con los autores anteriormente citados respecto a la manera como se habían construído (6). Lo mismo dicen respecto al reino del Perú el padre José Acosta (7), Las

(1) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. VIII, pág. 55.

(2) Tercera carta de Hernán Cortés a la reina doña Juana y al emperador don Carlos V, su hijo, en la ciudad de Guyoalan, a 25 de mayo de 1522. Biblioteca de Autores Españoles, tomo XXII, *Primero de Historiadores antiguos de Indias,* pág. 77.

(3) Idem.

(4) Carta de Hernán Cortés al emperador don Carlos V, en Temixtitán, a 15 de octubre de 1524. Biblioteca de Autores Españoles, tomo XXII, *Primero de Historiadores antiguos de Indias,* pág. 97.

(5) Idem.

(6) Carta de Francisco López de Gómara a la reina doña Juana y al emperador don Carlos V, en la villa de Veracruz, a 10 de julio de 1519. Biblioteca de Autores Españoles, tomo XXII, *Primero de Historiadores antiguos de Indias,* pág. 9.

(7) Solórzano, *Política Indiana,* lib. II, cap. VIII, pág. 56.

Digitized by Google

Casas (1) y el licenciado Matienzo (2); y respecto a ambos reinos, fundándose en testimonios de antiguos cronistas e historiadores, Solórzano, entre los antiguos escritores (3), y Capitán y Lorín (4), entre los contemporáneos.

Lo anteriormente expuesto demuestra que nuestros colonizadores no establecieron esta Mita, sino que ya se encontraba sancionada por la costumbre desde tiempos anteriores al descubrimiento y conquista de los reinos de México y el Perú. No significaba tampoco dicha institución una novedad para el Derecho, por existir, como con acierto señala Solórzano (5), autorizados precedentes en el Derecho romano, que pasaron a nuestro Derecho patrio en las leyes de Partidas (6). Estas son las principales razones que motivaron no fuera combatida esta Mita por los autores de la época, quitando al irreductible enemigo de todo lo que significaba trabajo obligatorio de los naturales fray Bartolomé de Las Casas; todos los demás, tanto el padre José Agia (7) como Matienzo (8), y especialmente el padre José Acosta (9), se muestran partidarios de ella, diciendo el último de los autores citados: "Y aun deben entender los ingenuos que los Magistrados en forzarles a trabajar en poblaciones de pueblos y ciudades, especialmente si son para vivienda y reducciones de los mesmos indios, y a las obras y fábricas, de templos y casas, labor de los campos y otras semejantes, no exceden de su oficio sino antes le cumplen, pues esto es propio de su obligación. Y que es loable la costumbre de compelerles a que en ciertos días estén de manifiesto en las plazas o lugares públicos, para que allí los conduzcan y lleven los que necesitaren de ellos para estas obras (10)."

(1) Las Casas, *De las antiguas gentes del Perú*, cap. XVIII.
(2) Matienzo, *Gobierno del Perú*, pág. 68.
(3) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. VIII. págs. 55 y 56.
(4) Capitán y Lorín, ob. cit., *México antiguo*, pág. 38. *Perú antiguo*, pág. 127.
(5) Solórzano, *Política Indiana*, lib. II, cap. VIII, pág. 56.
(6) Libro IV, título XX, partida II.
(7) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. VIII, pág. 56.
(8) Matienzo, ob. cit., pág. 68.
(9) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. VIII, pág. 56.
(10) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. VIII, pág. 55.

Digitized by Google

El mismo fundamento tenía la Mita para la construcción de carreteras, puentes y fuentes. Capitán dice que causó gran admiración a los conquistadores del reino mexicano los caminos que en él encontraron y sobre todo su buen estado de conservación (1). Cierto es lo que dice Capitán, tanto en la carta de la Justicia y Regimiento de la villa de Veracruz, dirigida a la reina doña Juana y al emperador don Carlos (2), como en las de Hernán Cortés, enviada la primera a la reina doña Juana y al emperador don Carlos (3) y las siguientes al emperador don Carlos (4); así como también en las Crónicas de la Conquista de este reino, de Francisco López de Gómara (5); Gonzalo Hernández de Oviedo y Valdés (6), Bernaldo Díaz del Castillo (7) y Antonio Solís y Rivadeneyra (8), se hacen con frecuencia elogios de los caminos encontrados en ese reino. Lo propio ocurre con los antiguos historiadores del reino

(1) Capitán y Lorín, ob. cit. *México antiguo,* pág. 10.

(2) Carta enviada a la reina doña Juana y al emperador don Carlos V, su hijo, por la Justicia y Regimiento de la villa de la Veracruz en 10 de julio de 1519. Biblioteca de Autores Españoles, tomo XXII, *Primero de Historiadores antiguos de Indias,* págs. 1 a 11.

(3) Carta enviada a la reina doña Juana y al emperador don Carlos V, su hijo, en Segura de la Frontera de Nueva España, a 30 de octubre de 1520. Biblioteca de Autores Españoles, tomo XXII, *Primero de Historiadores antiguos de Indias,* págs. 12 a 52.

(4) Cartas de Hernán Cortés al emperador don Carlos V, en la ciudad de Cuyoalan a 25 de mayo de 1522; en la ciudad de Temixtitan de Nueva España, en 15 de octubre de 1524, y en 3 de septiembre de 1526. Biblioteca de Autores Españoles, tomo XXII, *Primero de Historiadores primitivos de Indias,* págs. 52 a 153.

(5) Francisco López de Gómara. *Historia General de las Indias.* Biblioteca de Autores Españoles, tomo XXII, *Primero de Historiadores antiguos de Indias,* págs. 154 a 294.

(6) Gonzalo Hernández de Oviedo y Valdés, *Natural Historia de las Indias.* Biblioteca de Autores Españoles, tomo XXII, *Primero de Historiadores primitivos de Indias,* págs. 471 a 515.

(7) Bernal Díaz del Castillo. *Verdadera Historia de los sucesos de la Conquista de Nueva España.* Biblioteca de Autores Españoles, tomo XXVI, *Segundo de Historiadores primitivos de Indias,* págs. 1 a 317.

(8) Antonio Solís y Rivadeneyra, *Historia de la Conquista de México.* Barcelona, 1756. Archivo de Indias de Sevilla.

Digitized by Google

peruano, principalmente Acosta (1), Las Casas (2) y Matienzo (3).

Tanto en uno como en otro reino, los caminos que encontraron nuestros conquistadores habían sido construídos con el trabajo obligatorio de los naturales de ellos. Para sentar esta afirmación tenemos, con respecto a México, lo que nos dice Hernán Cortés en carta escrita en Segura de la Frontera de Nueva España en 30 de octubre de 1520, dirigida a la reina doña Juana y al emperador don Carlos, en la cual describe la calzada que unía la capital del reino mexicano con la ciudad de Temixtitan, añadiendo que fué construída por los vasallos del emperador Moctezuma en virtud de la obligación que tenían de dedicarse a los trabajos que dicho señor les mandaba (4); y Capitán, fundándose en testimonios de antiguos cronistas, dice que los principales caminos del antiguo imperio de los aztecas eran tres, que partiendo de la capital del Imperio se dirigían a diferentes y distantes lugares de él; habiendo sido construídos por los "Tlacotlin" y los prisioneros de guerra, pesando sobre los mismos la obligación de atender a su conservación (5).

Con relación al reino del Perú, tenemos como principal base el testimonio del padre José Acosta, el cual dice que los Incas tenían por máxima la conveniencia de tener siempre a sus súbditos ocupados en trabajos de utilidad pública, dedicándolos por esta razón durante los períodos de paz a la construcción de caminos, calzadas y puentes, y a su conservación (6). Las Casas (7) y Matienzo comprueban la cita, añadiendo el último citado que solían llamarse a los sujetos a estos trabajos "Aturu-

---

(1) Acosta, *Historia Natural y Moral de las Indias*, lib. IV, cap. X, tomo II, pág. 110.

(2) Las Casas, *Apologética Historia de las Indias*, cap. CCLIII. *De las antiguas gentes del Perú*, cap. XIX.

(3) Matienzo, ob. cit., lib. I, cap. IX, págs. 11 y 44.

(4) Biblioteca de Autores Españoles, tomo XXII, de *Historiadores primitivos de Indias*, pág. 24.

(5) Capitán y Lorín, ob. cit., *México antiguo*, pág. 58.

(6) Acosta, *Historia Natural y Moral de las Indias*, lib. VI, capítulo X, tomo II, pág. 110.

(7) Las Casas, *Apologética historia de las Indias*, cap. CCLIII.

Digitized by Google

nas" (1); por último, Capitán, basándose en antiguos testimonios, corrobora lo dicho por los autores citados, añadiendo que sólo estaban libres de esta obligación la familia del Inca y los sacerdotes (2).

Con estas ligeras consideraciones históricas se demuestra que tampoco establecieron nuestros colonizadores en los reinos mexicano y peruano la Mita para la construcción de caminos, puentes y fuentes, y su conservación; y que por las mismas razones expuestas al tratar de la construcción de casas y templos, tanto el padre José Acosta (3), como el padre José Agia (4), el licenciado Matienzo (5) y el doctor Solórzano (6), se muestran partidarios de este trabajo obligatorio de los indios.

No se crea por ello que subsistió esta Mita con toda la extensión que tenía en los antiguos imperios, sino que sufrió diversas modificaciones, alcanzando mayor o menor extensión, según lo permitían los tiempos.

(*Continuará.*)

(1) Matienzo, ob. cit., lib. I, cap. IX, pág. 23.
(2) Capitán y Lorín, ob. cit., *Perú antiguo*, cap. II, pág. 127.
(3) Solórzano, *Política Indiana*, lib. II, cap. VIII, pág. 56.
(4) Idem.
(5) Matienzo, ob. cit., pág. 68.
(6) Solórzano, ob. cit., lib. II, cap. VIII, pág. 56.

Digitized by Google

TRABAJOS PRACTICOS DE DERECHO MERCANTIL

(CURSO DE 1922-23)

Como en años anteriores, en el curso último, tanto el señor Decano de Derecho e insigne Director de esta Revista señor Ureña, como el celoso catedrático de Derecho mercantil don Lorenzo Benito, me han facilitado la tarea de las prácticas de Derecho comercial, y por ello han de ser mis primeras palabras de vivo reconocimiento y gratitud para ambos.

Fuí gratamente sorprendido este año por los alumnos de dicho curso, quienes, desde el primer día de ejercicios prácticos, se mostraban acostumbrados a los mismos, por haberlos efectuado análogos, en cursos anteriores, en otras ramas jurídicas, demostrando claramente los excelentes resultados que se obtendrían si se dedicase a las prácticas jurídicas, desde los primeros años de la carrera de Derecho, aquella atención y solicitud que merecen trabajos preferentemente encaminados a preparar para el ejercicio de las profesiones jurídicas.

El interés con que se sigue por los alumnos la disertación de sus compañeros; el vivo debate que con frecuencia le sigue, difícilmente puede ser reflejado en las columnas de una revista. Sean los dictámenes y algunas objeciones opuestas a los mismos, que a continuación se insertan, ligera muestra de la labor práctica efectuada por los alumnos. En cuanto a los problemas, llamamos la atención del lector en especial sobre el primero, que durante la discusión en la clase fué objeto de una disposición gubernativa para resolverlo, y los referentes a la nueva ley sobre el procedimiento para la suspensión de pagos, que tienen gran importancia práctica.

EMILIO MIÑANA.

Digitized by Google

PROBLEMA PRIMERO

Capacidad jurídico-mercantil de la esposa de un militar declarado oficialmente desaparecido en las listas publicadas por el Ministerio de la Guerra, con motivo de la guerra de Melilla.

DICTAMEN DE DON MANUEL VEGAS Y PEREZ

La resolución de este problema es de una gran dificultad por la contradicción existente entre los artículos del Código civil y las disposiciones del Código de Comercio. Ante todo, como cuestión previa, creo indispensable fijar lo que es la ausencia. Esta palabra se puede tomar en sentido vulgar y en sentido jurídico. En el primero de ellos significa tanto como no presencia. En el segundo tiene dos acepciones, una lata y otra estricta. En la primera significa la situación de una persona que se encuentra fuera de su domicilio; en la segunda es el estado jurídico de un sujeto que ha dejado su residencia habitual, y cuyo paradero se ignora, a diferencia de la acepción anterior, en que la existencia de la persona se sabe con certeza.

En la legislación civil se distinguen tres momentos: el de presunción de ausencia, en el que se adoptan las medidas provisionales, empezando por el nombramiento de representante, lo cual constituye una cosa potestativa para el juez, pues en el art. 181 del Código civil se dice que el juez *podrá*... Exige el Código civil la declaración judicial de ausencia en el segundo período, que es el así denominado (de declaración de ausencia); comienza cuando han transcurrido los plazos que se establecen en el art. 184 del citado Código. En este segundo período es cuando tiene lugar el estado civil de ausencia, y como en este segundo período la declaración judicial de ausencia no hace sino consagrar un estado civil iniciado y presunto en el período anterior, en rigor la reglamentación jurídica de este segundo período no es otra cosa sino una ampliación, generalización y consolidación del régmen anterior. Las esperanzas del retorno van cediendo, y puede presumirse tanto que vive el ausente como que ha muerto.

El tercer período es el de presunción de muerte, en el cual ya se limita más el arbitrio judicial, pues el Código dispone en su art. 191 que "el juez *declarará*...".

Digitized by Google

En el primer caso, si la mujer es mayor de edad (pues si es menor se le proveerá de tutor en la forma ordinaria), sólo tendrá las facultades que el juez la señale, a tenor de lo que dispone el art. 182 del Código civil.

En el segundo período ya tiene la mujer más amplias facultades, pues puede disponer libremente de sus bienes y tiene la administración de los bienes del ausente, aunque no la disposición de los mismos, ni la de los de la sociedad conyugal, ya que para ello necesita autorización judicial (arts. 187 y 188 del Código civil). Y decimos que no tiene la disposición en el sentido de que no puede enajenarlos, hipotecarlos, etc.

En el tercer período, declarada firme la sentencia de presunción de muerte, se abrirá la sucesión en los bienes del ausente, a tenor de lo que dispone el art. 192.

Vemos que en los tres momentos exige el Código civil la intervención judicial, y que son distintos los efectos en cada uno de ellos.

Ahora bien; si acudimos al Código de Comercio nos encontramos con que dice en su art. 11: "Podrá igualmente la mujer casada, mayor de veintiún años, ejercer el comercio cuando se halle en alguno de los casos siguientes: 3.° Estar el marido ausente, ignorándose su paradero y sin que se espere su regreso." Y de la simple lectura del citado Código (artículo mencionado) y de la de los artículos correspondientes del Código civil, salta a la vista la diferencia existente. ¿Será necesario, en el orden mercantil, la intervención judicial que exige la legislación común? ¿Se requerirá declaración judicial de ausencia? En los otros casos del art. 11 se exige la intervención judicial; ¿será ésta también precisa en el 3.°?

Y la dificultad estriba en la imprecisión del Código en orden a las preguntas formuladas, pues el Código de Comercio se limita a decir en su núm. 3.° del art. 11 lo que anteriormente he indicado.

Mas yo creo que no hace falta la declaración judicial de ausencia; que no hace falta la intervención judicial para que la mujer pueda ejercer el comercio, bastando que el marido se halle fuera de su domicilio, ignorándose su paradero, habiendo motivos suficientes para presumir que no vuelva, sin necesidad de

Digitized by Google

observar todos los requisitos que exige el Código civil, como son: el transcurso de dos o cinco años, según que el ausente haya dejado o no persona encargada de la administración de sus bienes; declaración judicial de ausencia; publicación en los periódicos oficiales; transcurso de seis meses, a partir de la publicación, etc. Y me fundo, en primer lugar, para hacer estas afirmaciones, en la diferencia existente entre el orden civil y el mercantil, pues éste siempre se ha desenvuelto en una atmósfera de libertad incompatible con las fórmulas rígidas y estrechas que sobre todo en otros tiempos han informado la legislación civil. Y si bien en el orden civil cabe que la ley ampare de la manera indicada los derechos del ausente, en el orden mercantil, que se caracteriza precisamente por la rapidez en las transacciones, de tal manera que nunca puede decirse con más exactitud el proverbio inglés "El tiempo es oro" que con respecto al comercio, donde la actividad y rapidez suple muchas veces la falta de capital, esa rapidez es imcompatible con los requisitos que hemos dicho exige la legislación común.

Además, dentro de la ausencia, y comparando los textos legales, aparece clara la diferencia existente entre la legislación civil y la mercantil, pues mientras la primera establece la necesidad de la autorización judicial para que la mujer pueda disponer de los bienes propios del marido y los de la sociedad conyugal, enajenándolos, gravándolos, etc., siendo precisa también la mencionada autorización tratándose de bienes propios de la mujer, siempre que sean inmuebles, a tenor de lo que disponen los arts. 188 y 1444 del Código civil, la segunda establece, en el párrafo 1.° de su art. 12, que solamente quedarán obligados a las resultas del comercio, en el caso citado, los bienes propios de la mujer, sin distinción de bienes muebles e inmuebles, no siendo precisa, por consiguiente, aun tratándose de inmuebles, la autorización judicial, siendo en este respecto más progresiva la legislación mercantil que la civil, pues lo natural es que no existiendo la autoridad marital, o no pudiéndose ejercer, la mujer recobre su capacidad.

Ahora bien; no siendo precisa la intervención judicial para ejercer el comercio, ¿no puede prescindirse también de la intervención judicial en orden a la declaración de ausencia?

Digitized by Google

Yo creo que sí; pues si fuera precisa declaración judicial, si fuere precisa sentencia firme, ningún trabajo le hubiera costado al legislador mercantil haberla exigido, de la misma manera que lo ha hecho respecto al divorcio, exigiendo sentencia firme, y si no lo ha hecho es porque no lo ha creído necesario, y me impulsa a creer que es este el espíritu del legislador mercantil el párrafo 2.º del art. 12 del Código de Comercio, pues sin duda se refiere al caso de que la ausencia haya sido declarada judicialmente, mientras que el párrafo 1.º del mismo artículo se refiere a la ausencia que no ha sido *declarada judicialmente,* comoquiera que, dada la redacción de los dos párrafos del art. 12, parecen referirse a supuestos distintos. En efecto; en el citado párrafo 2.º dice el Código: "Declarada legalmente la ausencia, tendrá, *además,* la mujer las facultades que para este caso le confiera la legislación común." Y este *además* creo que debe interpretarse en el sentido de que la mujer casada, además de ejercer el comercio, tendrá los derechos que se confieren en el art. 1436 y siguientes del Código al cónyuge demandante.

Pero dentro de las afirmaciones sentadas, ahondando más en esta labor de investigación, parece que el Código de Comercio, al decir en el núm. 3.º del art. 11 *sin que se espere su regreso,* parece, digo, que se refiere más bien a la presunción de muerte; pero como en el párrafo 2.º del art. 12 habla de ausencia, y existe una conexión íntima entre ambos artículos, el 12 y el 11, creo que la contradición existente es más aparente que real, y que al decir sin que se espere su regreso, ha querido referirse al temor que existe en la ausencia de que el ausente no vuelva, entendiendo desde luego que dentro del art. 11 cabe tanto la ausencia propiamente dicha como la presunción de muerte.

Sentadas estas afirmaciones y haciendo aplicación de ellas al caso concreto, nos encontramos con que si la esposa del militar, partiendo del supuesto, claro está, de que sea mayor de veintiún años, tiene autorización de su marido para ejercer el comercio y esta autorización no ha sido revocada, entonces la mujer podrá ejercer el comercio en el caso citado; pues si para ejercer el comercio o continuar en su ejercicio necesita la mu-

Digitized by Google

jer casada autorización marital, y ésta existe, no hay problema. El problema se suscita cuando la autorización no existe, y yo creo que en este caso, aun sin dicha autorización, puede la mujer ejercer el comercio, comoquiera que concurren los requisitos que se exigen en el núm. 3.° del art. 11, a saber: 1.°, estar el marido ausente; pues, en efecto, el marido se halla fuera de su domicilio; 2.°, ignorándose su paradero, y es indudable que aquí se ignora su paradero, comoquiera que está declarado legalmente desaparecido, y 3.°, sin que se espere su regreso, y es indudable que aquí no se espera su regreso, sino que, antes al contrario, hay motivos más que suficientes para presumirle muerto por los peligros inherentes a los que militan en el campo de batalla; y vienen a confirmar estas presunciones el Real decreto del Ministerio de la Guerra, dado en el mes de febrero último, que los presume muertos a los efectos de su inscripción en el Registro. Otro problema que puede plantearse es el relativo a si las mencionadas listas equivalen a sentencia firme; pero esto, a mi modesto entender, sólo tiene importancia a los efectos del párrafo 2.° del art. 12.

Para que la mujer realice actos de comercio aislados, como el Código de Comercio no dice nada, habrá que acudir a la legislación común para determinar lo relativo a su capacidad.

OBJECIONES DE DON RAMON PUIGDOLLERS Y OLIVER AL DICTAMEN DEL SEÑOR VEGAS

Yo creo, en contra de la opinión del señor Vegas, que hace falta la declaración judicial de ausencia para que la mujer, en el caso que se nos propone, pueda ejercer el comercio, y, por consiguiente, la cuestión está en si la consignación en las listas equivale a la declaración de ausencia. Vamos a probarlo. Ante todo, cabe considerar en este caso si la consignación como desaparecido en las listas del Ministerio de la Guerra equivale a la declaración de ausencia, o no equivale, para que aquélla surta los correspondientes efectos legales. Como el Código de Comercio habla de ausencia, pero no determina nada en cuanto a ella, y como, por otra parte, el art. 50 del mismo dice: "Los contratos mercantiles en todo lo relativo a sus requisitos, modi-

Digitized by Google

ficaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales por las reglas generales del Derecho común", habremos de acudir al Código civil, en sus arts. 184 y siguientes, en los que se habla de la declaración de ausencia. "Pasados dos años —dice— sin haberse tenido noticias del ausente, o desde que se recibieron las últimas..., podrá declararse la ausencia." Según el Código civil, pues, hará falta que la declaración de ausencia sea de dos años después de la desaparición. Ultimamente, el Real decreto de 22 de febrero del año 1923 zanja esta cuestión diciendo al final de su art. 2.º: "En ningún caso podrá efectuarse la inscripción sin que haya transcurrido *un año*, como plazo mínimo, desde la desaparición." En caso de ser equivalente a la declaración de ausencia, vemos que con un año, a contar de la desaparición, hay bastante para que la mujer recobre su capacidad por entero y pueda ejercer actos de comercio habituales. ¿Pero equivaldría la consignación en las listas del Ministerio a la declaración de ausencia? Tres razones podemos alegar en pro de esta cuestión:

1.ª *Razón de orden jurídico-administrativo.*—Cuando un individuo perteneciente al Ejército aparece como oficialmente desaparecido, a los ojos de los demás individuos del Ejército aparece como borrado de la lista de los vivos, se produce lo que se llama técnicamente una baja en el escalafón, su grado pasa al inmediato inferior y su sueldo no va a parar a nadie absolutamente, porque como es un accesorio indispensable y esencial de todo cargo, al cargo acompaña; únicamente la presunta viuda cobra, a título de viudedad, una reducción del sueldo que había disfrutado su marido cuando pertenecía al Ejército; luego vemos que por estos motivos la declaración de desaparecido produce efectos legales.

2.ª *Razón de orden evonómico.*—Derivada de la anterior, pues si el Estado pasa a la viuda una pensión insignificante para su subsistencia, y siendo ésta, en la mayor parte de los casos, insuficiente para atender a las necesidades corporales (no hablemos de las morales, porque quedan completamente desatendidas), es indudable de todo punto el que la mujer puede ejercer habitual-

Digitized by Google

mente el comercio con objeto de poder obtener mayores recursos con los cuales poderse mantener decorosamente.

3.ª *Razón de orden legal.*—Si en épocas de normalidad absoluta el Código civil exige dos años para la declaración de ausencia (y esto pudo ocurrir por extravío de carta, por pura conveniencia personal, a fin de huír de la familia, por reclamarle el Gobierno, por quebrado, etc., etc.), en épocas de absoluta anormalidad, como supone el hecho de existir una guerra, este plazo necesariamente ha de reducirse y de hecho se reduce, porque los peligros son infinitos, más en número y mayores en intensidad; por eso el Real decreto de febrero de 1923, antes aludido, establece el mínimo de un año para su inscripción en el Registro civil, disposición de innegable interés porque viene a resolver la situación jurídica de las personas a quienes afecta la desaparición, pero aun antes de eso existía la sentencia del Tribunal Supremo (doctrina legal, como sabemos) de 26 de abril de 1901, que dice: "Existiendo motivo racional para creer y afirmar que una persona falleció en un naufragio u otro accidente desgraciado (guerra en este caso) puede declararse por los Tribunales de Justicia la muerte con todos sus efectos legales." El Código de Comercio, en su art. 955, referente a las prescripciones, dice: "En los casos de *guerra,* epidemia oficialmente declarada o revolución, el Gobierno podrá, acordándolo en Consejo de Ministros y dando cuenta a las Cortes, suspender la acción de los plazos señalados por este Código (en este caso, como son los de la legislación, había que extenderlo por analogía a ésta) para los efectos de las operaciones mercantiles, determinando los puntos o plazas donde estime conveniente la suspensión, cuando ésta no haya de ser general en todo el Reino." Por último, el ya citado Real decreto viene a esclarecer la cuestión diciendo en su art. 1.º: "La inscripción del fallecimiento del personal y agregados *desaparecidos* perteneciente al Ejército de Africa, se practicará en el Registro civil... mediante certificado expedido por la Dirección general..., en el que se hará constar que el individuo a que se refiere está incluído en la relación de desaparecidos remitida por los jefes de los distintos Cuerpos..., etc.", y el art. 12 del mismo que dice: "En tanto que las Cortes resuelvan sobre la eficacia definitiva

Digitized by Google

de estas inscripciones, se entenderan hechas con el alcance que les da el art. 20 de la ley Hipotecaria, y por el plazo que dicha Ley señala (dos años)..."

Queda, pues, comprobado que la consignación en las listas del Ministerio de la Guerra equivale a la declaración de ausencia de nuestro Código civil, con la reducción de plazos que sea necesaria, en virtud de la situación anormal causa de la declaración, y que surte, respecto de la viuda, todos los efectos legales conducentes a dotarla de capacidad para dedicarse a actos habituales de comercio. Por todo lo cual, creo que encaja en el art. 11 del Código de Comercio que dice: "Podrá la mujer casada ejercer el comercio cuando se halle en alguno de los casos siguientes... 3.°, estar el marido ausente, ignorándose su paradero, sin que se espere su regreso", y está clara y terminantemente delineada su capacidad en el art. 12 del mismo Código, expresado en estos términos: "En los casos a que se refiere el artículo anterior, solamente quedarán obligados a las resultas del comercio los bienes propios de la mujer y los de la comunidad o sociedad conyugal que se hubiesen adquirido por esas mismas resultas, pudiendo la mujer enajenar e hipotecar los unos y los otros. Declarada legalmente la ausencia del marido, *tendrá, además,* la mujer las facultades que para este caso le concede la ley común"; luego remite al Código civil, el cual, en el art. 1441, al tratar de la separación y administración de los bienes durante el matrimonio, dice: "La administración de los bienes del matrimonio se transferirá a la mujer... 2.° Cuando pida la declaración de ausencia del mismo marido, con arreglo a los arts. 183 y sigs." (ya expresados).

Luego toda la doctrina está acorde en reconocer la capacidad de comercio de la mujer cuando su marido esté oficialmente desaparecido en la lista del Ministerio de la Guerra.

CONTESTACION A LAS OBJECIONES DE DON RAMON PUIGDOLLERS Y OLIVER POR DON MIGUEL VEGAS Y PEREZ

El señor Puigdollers, en contra de las conclusiones a que llego en mi ponencia, estima que en todo caso es necesaria la

Digitized by Google

declaración judicial de ausencia. Mas como allí afirmo que no hace falta esa declaración, basándome para ello en el distinto carácter del orden civil y mercantil y de las legislaciones civiles y mercantiles, estudiando detenidamente los efectos que de ello se derivan, a fin de evitar repeticiones a lo que allí digo, me remito y lo doy por reproducido.

No es que niegue el que la declaración judicial de ausencia tenga importancia; pero esta declaración ya he afirmado en mi ponencia y ahora vuelvo a repetirlo, por creer que tiene interés el que quede bien marcado, sólo la tiene a los efectos del párrafo 2.° del art. 12 del Código de Comercio.

Tampoco estoy conforme con todas las razones que da el señor Puigdollers para probar que la consignación como desaparecido en las listas del Ministerio de la Guerra equivale a la declaración de ausencia. Así, las razones que da de orden económico, a lo sumo probarán la conveniencia de que la mujer pueda ejercer habitualmente el comercio, pero nunca el que la consignación en las listas del Ministerio equivalga a la declaración de ausencia. De modo que esa razón se podrá alegar más bien para probar que, sin necesidad de declaración de ausencia, puede la mujer ejercer habitualmente el comercio, constituyendo esto precisamente una nueva base de las conclusiones que siento en mi ponencia, pero que no se puede sentar a favor de aquellas otras a que llega el señor Puigdollers en su contraponencia.

Entre las razones de orden legal a favor de la tesis sustentada por mi contraponente se da una que se basa en el art. 955 del Código de Comercio. Pero tratar de aplicar el criterio de analogía a la legislación civil en la forma que lo hace el señor Puigdollers, francamente, me parece que es extremar y extender exageradamente el ámbito de aplicación de la legislación mercantil, máxime si se tiene en cuenta que, en opinión de muchos autores, dicha legislación no es otra cosa que una excepción de la legislación civil, espíritu predominante en el Código de Napoleón y en el nuestro de 1829, inspirado en aquél. Pero aunque hoy en nuestra legislación se reconoce la substantividad del Derecho mercantil, como en las legislaciones alemana e italiana, bastando para comprobarlo, el art. 2.° y la Exposición de

Digitized by Google

motivos del Código de Comercio vigente, de ningún modo puede modificar los principios fundamentales del Código civil en orden a aquellas materias respecto de las cuales, no estando preciso el Código de Comercio, es necesario acudir a la legislación común. Aparte de que al tratar de aplicar el criterio de analogía, comparando lo establecido por el Código de Comercio en la prescripción y lo establecido en la legislación civil en orden a la ausencia, se tropieza con la dificultad de que no hay términos hábiles para hacerlo, comoquiera que lo fundamental en la prescripción es el tiempo, mientras que el tiempo en la ausencia es uno de tantos elementos integrantes de dicha institución.

Y por si esto fuera poco, no debemos perder de vista que gía, comparando lo establecido por el Código de Comercio en su art. 2.º se refiere a los *actos de Comercio,* no pudiendo aplicarse a lo establecido por la legislación civil, sino que, cuando el Código de Comercio remite expresa o tácitamente a la legislación común, hay que estar a lo allí establecido.

Ahora bien; podría discutirse si el art. 955 se refiere tan sólo a las prescripciones, pues de él se hace un título aparte, y lo natural hubiera sido que, refiriéndose tan sólo a las prescripciones, se hubiera puesto al final de éstas, como está, pero sin hacerle objeto de un título especial, si bien el encabezamiento del libro en que figura dicho título y el lugar que ocupa dentro del mismo me incline a suponer, con el señor Puigdollers, que se refiere a las prescripciones.

Pero, sea de ello lo que quiera, tenemos que no puede aplicarse el criterio de analogía por las razones antedichas, y porque, además, bien terminante está el legislador en el art. 955 del Código de Comercio al decir: "En los casos de guerra... podrá... suspender la acción de los *plazos señalados por este Código.*" De manera que, dada la redacción del artículo, tan sólo se refiere a los plazos *expresamente* establecidos en el Código de Comercio. Y no pudiéndose aplicar el criterio de analogía ya indicado, siquiera dentro del Código de Comercio, por la diferencia existente entre la prescripción y la ausencia, que ya ha sido indicada (pues si el art. 955 se quiere aplicar a otra cosa que no sea la prescripción no hay más remedio que adoptar el criterio de analogía, si aquel artículo se refiere tan sólo

Digitized by Google

a la prescripción), tendremos que mal podrá aplicarse, caso que fuera posible, a la legislación civil.

Y además ya he indicado que el criterio de analogía sólo se puede aplicar a los actos de comercio, pero no a las instituciones que, como la ausencia, son una cosa distinta de los efectos de la misma, no pudiendo confundirse los efectos con la institución misma.

PROBLEMA SEGUNDO

El arrendamiento de un establecimiento mercantil, ¿es acto de comercio? Soluciones según el Derecho mercantil español y el extranjero.

DICTAMEN DE DON ANGEL CARRILLO DE ALBORNOZ Y LACASA

El criterio legal para la determinación de cuáles son actos mercantiles en la legislación española, es el contenido en el párrafo segundo del art. 2.º del vigente Código de Comercio: "Serán reputados actos de comercio —dice— los comprendidos en este Código y *cualesquiera otros de naturaleza análoga.*" Y como dicho cuerpo legal para nada se ocupa, en su libro 2.º, referente a los contratos especiales de comercio, de cuándo pueda ser mercantil el arrendamiento a que nos referimos (ni ningún otro), el problema se reduce a averiguar si dicho acto encaja dentro del criterio de analogía expresado en la segunda parte del mencionado párrafo.

Si examináramos detenidamente los actos mercantiles tenidos por tales taxativamente en el Código de Comercio, podríamos observar que su naturaleza obedece a una de estas tres causas: o a la naturaleza del contrato en sí, o al ánimo de lucro en los contratantes, o a la naturaleza genuinamente mercantil de la cosa objeto de dicho acto. Descartando el que el contrato sea mercantil por naturaleza (pues el arrendamiento, como la compraventa, por sus condiciones intrínsecas, tanto pueden ser civiles como mercantiles) y el espíritu de lucro (que, aunque probable, no es seguro en el caso que nos ocupa), nos queda examinar si un arrendamiento como el que nos ocupa puede ser

Digitized by Google

comercial por el carácter mercantil por naturaleza del objeto sobre que recae.

Don Lorenzo Benito, en el tomo I de su *Manual,* considera mercantil por naturaleza a toda empresa comercial, por la razón "de que su consumo satisface las necesidades de la industria mercantil". Y después, como consecuencia lógica, afirma que "son actos mercantiles objetivos, *por la condición de las cosas sobre que recaen,* las operaciones que recaen sobre las empresas comerciales", y entre ellas, claro está, el arrendamiento. Pero no es sólo este autor; Manzano, Bonilla y Miñana afirman en su *Tratado,* que "*por razón del objeto,* debe ser considerado comercial, tanto el alquiler de un edificio para explotar en él una rama mercantil, como el de un establecimiento comercial ya montado".

Y no se diga que todo esto resolverá la cuestión teórica; pero no dice nada respecto al problema legal, porque si existe conformidad en que la naturaleza mercantil del arrendamiento de un establecimiento comercial dependen del objeto sobre que recae, es necesario reconocer que legalmente dicho contrato es comercial, puesto que el Código de Comercio reconoce dicho carácter a ciertos actos, sólo por la naturaleza del objeto sobre que recaen. (Todos los actos cambiarios, por ejemplo.)

Habiendo, por tanto, una razón análoga para juzgar de la naturaleza del contrato que nos ocupa y de otros actos contenidos en el Código, acogiéndonos al citado final del art. 2.°, lo declaramos de índole mercantil.

JURISPRUDENCIA

No existen sentencias que se refieran a este caso concreto; pero, como vamos a ver, nos interesa el examen de dos, que pueden ser empleadas en pro y en contra de nuestro aserto.

La única resolución de nuestro Alto Tribunal acerca de la naturaleza mercantil de un arrendamiento es la de 8 de julio de 1907 y en ella se niega "el carácter mercantil a los arrendamientos celebrados por un alquilador de coches, por más que se proponga el lucro". No podemos entrar en el examen de esta descabellada sentencia, que constituye un desacierto más de

Digitized by Google

una lista inacabable... Pero aun dándola por justa y verdadera, no ataca a nuestro razonamiento, que no se apoyó en el ánimo de lucro sino en la naturaleza esencialmente mercantil de una empresa comercial; naturaleza de que, por modo evidente, no participan los coches de alquiler.

En cambio viene a confirmarnos aún más en nuestra convicción la sentencia de 12 de diciembre de 1881 (1): "La cesión o traspaso de un establecimiento mercantil con todos sus géneros por un precio, debe ser considerado como compraventa mercantil." Esta consideración no puede basarse en la naturaleza del contrato en sí, pues, como ya hemos dicho, puede ser tanto civil como mercantil. ¿Se apoyará acaso en la intención de lucro de los contratantes? Menos aún, cuando la sentencia arriba comentada niega al lucro poder para cambiar la naturaleza de un acto y, aunque equivocadas, hemos de procurar coordinar las decisiones del Supremo... hasta donde se pueda. Dicho aserto, por consiguiente, se apoya tan sólo en la naturaleza mercantil del objeto de dicho contrato y es evidente que la razón es la misma refiriéndose a un arrendamiento que a una compraventa.

II. Legislación extranjera.

A) *Histórica.*

Ya en la legislación estatutaria de las ciudades italianas se habló, con carácter mercantil, del alquiler de tiendas y casas para los comerciantes. Entre dichos preceptos son dignos de mención los que en los estatutos florentinos aseguran un derecho de prelación al arrendatario en caso de venta de la tienda arrendada. Y en las leyes de Pisa existe un capítulo especial que prohibe a los propietarios privar a los arrendatarios de las tiendas que ocupan, bajo pena de interdicción del comercio y de la clausura forzosa de todas las tiendas que tuviesen.

B) *Vigente.*

Los Códigos de Colombia, Chile, Honduras, Salvador y Ve-

(1) Aunque anterior a la moderna legislación, tiene resonancia en ella, por ser igual en este punto el Código de 1829.

Digitized by Google

nezuela consideran mercantil el arrendamiento de las empresas de fondas u hoteles y cafés. Esta disposición, de un gran sentido práctico y casuístico, está falta de toda técnica jurídica, pues ninguna razón hay para restringir a fondas, hoteles y cafés una disposición que reclama una generalidad abarcadora de toda empresa comercial.

Para terminar, sería deseable consignar, tanto en el Código español como en los extranjeros, y con referencia al arrendamiento, la disposición que respecto a la compraventa se halla consignada en el Código de Comercio chileno: "Es acto mercantil la compra de un establecimiento de comercio." (Art. 3.º)

He aquí la norma deseable:

"Serán actos mercantiles los que recaigan sobre una empresa comercial."

DICTAMEN DE DON RAMON SERRANO SUÑER

El problema propuesto no puede resolverse con la letra del Código de Comercio; es preciso para ello penetrar en su espíritu. La solución de este caso hay que derivarla de la que se dé a otro problema más extenso, comprensivo del nuestro, cual es la determinación del acto mercantil en nuestro Derecho positivo.

No es ésta fácil tarea, porque nuestro Código intenta, y soslaya a la vez, esa determinación, sin llegar en definitiva a precisar el concepto, sin exponer características típicas que den la pauta a seguir en los diversos casos que la realidad de la vida ofrezca. Ausente del Código ese criterio directriz, claro y preciso, con lo que no cumple su misión, no podrán extrañar a nadie las vacilaciones que de un modo continuo surgen en nuestra mente al tratar de calificar desde un punto de vista legal la naturaleza civil o mercantil del arrendamiento que nos ocupa.

Nuestro Código de Comercio de 22 de agosto de 1885, teniendo a la vista los dos procedimientos que dividen a los legisladores del mundo en lo que atañe a la forma de determinar el concepto del "acto mercantil", a saber: definición dogmática, concepto unitario, o enumeración, ya cerrada, ya demostrativa o *ad exemplum*, opta por este último, contra lo que parece

Digitized by Google

creer, y desde luego afirma el autor de su Exposición de motivos. Porque es cierto que nuestro Código no enumera de una vez y en un artículo esos actos, como hacen los Códigos francés, lib. IV, tít. II, art. 632; italiano, lib. I, tít. II, art. 3.°; belga, lib. I, tít. I, arts. 2.° y 3.°; rumano, lib. I, tít. II, art. 3.°; búlgaro, lib. I, tít. III, cap. I, secc. I, art. 279; mejicano, lib. II, tít. I, cap. I, art. 75, y tantos otros; pero no lo es menos que el párrafo segundo de su art. 2.° podrá tener la pretensión de ser una fórmula "práctica", "comprensiva" y "flexible", no siendo, sin embargo, más que la remisión a una enumeración desperdigada que en su seno vive y la advertencia final que debe acompañar a toda enumeración para dejar expedito el cauce por donde discurran los actos de comercio nuevos, las modernas combinaciones mercantiles no previstas por el legislador.

Esto sentado, la calificación mercantil de un acto jurídico no podremos hacerla más que en su comparación analógica con los que en el Código gocen de esa consideración. Pero teniendo en cuenta que pueden presentarse actos cuyos contornos no coincidan ni aproximadamente con los en él comprendidos, será preciso analizar los motivos esenciales, los elementos que les caracterizan de mercantiles para que, observando si se producen en el que sea objeto de nuestro estudio, poderlo calificar de mercantil. Tiene, pues, una importancia decisiva la invstigación de las circunstancias características del acto mercantil: ¿cuáles son? Naturaleza mercantil de la cosa a que el contrato se refiere. Pero ¿existen cosas mercantiles por esencia? Nosotros entendemos que cosa absolutamente mercantil no hay ninguna. Ei concepto cosa mercantil, como afirma Vidari (1), es más de modo que de substancia (*la differenza tra cosa e merce è tutta di modo, non già di sustanza*). En realidad ninguna cosa en todos los casos cumple la condición de satisfacer las necesidades de la industria mercantil. Así, por ejemplo, los buques tienen una finalidad predominantemente mercantil, pero no exclusivamente mercantil. Así vemos todos los días buques dedicados a recreo de su dueño. Se dice que esto es lo excepcional; cierto. Aun tratándose

(1) ERCOLE VIDARI, "*Corso di Diritto Comerciale*", volumen II, página 543, 5.ª edición.

Digitized by Google

de estos buques, el régimen de su propiedad es mercantil, que en el Código civil no existe ni un precepto relativo a su regulación y que el Registro de buques forma parte del mercantil; cierto también, pero ello no quiere decir más que legalmente esas cosas serán mercantiles, mercantiles por disposición de la ley, no mercantiles por naturaleza. El dinero podrá serlo cuando constituya el objeto de especulaciones mercantiles, como son todas las cosas cuando así se utilizan; pero cuando lo empleamos como instrumento de cambio para obtener los productos que nuestra subsistencia reclama, no vemos, en verdad, por ninguna parte, la razón de semejante mercantilidad.

El establecimiento mercantil es, a nuestro juicio, la más mercantil de las llamadas cosas mercantiles por naturaleza; sirve principalmente para el comercio, es más "generalmente" (si se nos permite la expresión) mercantil que el mismo dinero. Este es muchas veces empleado para la satisfacción de necesidades comunes o comerciales; en cambio el establecimiento mercantil las más de las veces será utilizado directamente como tal establecimiento mercantil, aprovechando la utilidad que él mismo lleva en sí, su finalidad lucrativa. No se concibe que pueda ser utilizado por su dueño como objeto de distracción o recreo; y si bien puede ser aprovechado por éste utilizando el valor, en cambio de su totalidad o desmembrado en partes, como medio de satisfacer las necesidades comunes, este empleo es menos frecuente en estas cosas que en el dinero.

La "entidad cosa mercantil" no estará, pues, perfectamente delimitada y diferenciada de las demás y no podrá ser por ello un elemento que de modo seguro sirva para imprimir carácter a un acto determinado, pero será, sí, elemento muy aprovechable a este fin.

Lo más característico del acto mercantil parece ser el bien que persigue. El sentido vulgar hace inseparables las ideas de lucro y comercio. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por esta inseparabilidad y proclama que la intención de lucro es suficiente para que un acto revista carácter mercantil y esto aunque se frustre por accidente del mercado, según declara su sentencia de 3 de junio de 1898. Podrá objetarse que en el Código de Comercio existen actos (de cuya "mercantilidad

Digitized by Google

legal" no puede dudarse por la declaración del párrafo 2.° de su art. 2.°: "Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga") en que la idea de lucro no existe como esencial. Sin embargo, aquí no se trata más que de excepciones legales (como las comprendidas en los arts. 277 y 304, que hacen referencia a la comisión y al depósito; pero en una y otro la regla general es la onerosidad; la gratuidad no se presume nunca; sólo derivará del pacto expreso, en contra de la retribución), de interpretación restringida, por tanto. El lucro será causa principal determinante de la mercantilidad de los actos; pero, por excepción, aquellos que, sin ser lucrativos, estén regulados en el Código de Comercio, lo serán también por declaración legal (párrafo 2.° del art. 2.°). Otra dificultad surge llegando a este extremo; ¿el lucro ha de ser unilateral o bilateral? El art. 325 de nuestro Código establece las condiciones que reputa necesarias para que sea mercantil el acto más fundamental de la vida económica: la compraventa, y dice: "Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente con ánimo de lucrarse en la reventa." Nuestro Código, según de este artículo se desprende, parece exigir sólo la idea de lucro en una parte, en el que compra, con la idea de revender más caro lo que compra. Esto mismo parece deducirse del Código de Comercio francés, en el párrafo 1.° de su art. 632, lib. IV, tít. II; del italiano, núm. 1.° de su art. 3.°, lib. I, tít. II; del holandés, art. 3.°, lib. I, tít. I; del belga, párrafo 1.° de su art. 2.°, lib. I, tít. I, etc., y de la mayor parte de los americanos. ¿Existe el propósito de lucro, aunque sea sólo en una de las partes, en el acto objeto de nuestro análisis? Como es natural, el enunciado del problema nada dice. Si esta y otras dudas que nos asaltan estuvieran resueltas en él, no habría problema. Nosotros, en nuestra labor interpretativa, podemos formular dos hipótesis: que exista, que no exista. Alterando el orden de su formulación, detengámonos en la segunda. ¿Es que realmente puede faltar la idea de lucro en el arrendamiento de un establecimiento mercantil por esencia destinado a la especulación comercial? Evidentemente, sí. Tal ocurriría en el caso de que nuestro arrendatario no fuese más que una persona interpuesta

Digitized by Google

entre el arrendador y un tercero, a quien aquél, por resentimientos, por desconfianza, por simple antipatía, jamás hubiera arrendado. En la primera hipótesis, que es la que vamos a admitir, la idea de lucro no existirá en el arrendador, pues el arrendamiento de dicho establecimiento, hecho para obtener el pago de una pensión, en nada difiere del lado del arrendador de un arrendamiento común, de un arrendamiento de una finca cualquiera; existirá tan sólo en el arrendatario que, por analogía con lo establecido en el artículo de la compraventa, toma en arriendo el establecimiento para lucrarse con su uso.

Por virtud del criterio de analogía patrocinado en el artículo 2.° del Código y teniendo en cuenta que muchas veces el lucro no tanto se obtiene en la reventa de la cosa comprada con este ánimo como en su utilización directa, el traspaso, la venta de un establecimiento mercantil, para aprovecharlo en su inmediata explotación el adquirente, también lo será. Así lo ha sostenido en sus fallos el Tribunal Supremo. Claro está que la analogía no es identidad. Si existiera semejanza absoluta entre el caso del traspaso del establecimiento y el de la compraventa descrita en el art. 325 del Código, no habría dificultad de ningún género. La diferencia estriba en que el citado artículo se refiere a cosas muebles; y la condición jurídica del establecimiento mercantil, ¿cuál es? ¿Es un bien mueble? ¿Es, por el contrario, inmueble?

El art. 333 del Código civil vigente recoge la división de los bienes en muebles e inmuebles; el 334 enumera los inmuebles, no habiendo en él nada que haga referencia a los establecimientos mercantiles. Tampoco caben estos en la noción que de los bienes muebles formula el art. 335 del mismo cuerpo legal. Había que convenir por ello que el establecimiento mercantil es algo que escapa a la tradicional clasificación de los bienes en muebles e inmuebles. Requiere, como los buques, por su naturaleza especial, un miembro aparte en la clasificación. Pero previendo objeciones me situaré en el supuesto menos favorable a mi tesis, es a saber: que la universalidad constitutiva del establecimiento sea reputada bien inmueble. En épocas pasadas no hubiéramos podido seguir en el análisis del caso para declarar su mercantilidad. Se trataba de inmueble, pues por un prejuicio

Digitized by Google

nacido de la consideración de la nula o escasa comercialidad de los inmuebles, ésta se rechazaba de plano jurídicamente. Hoy las exigencias de una vida nueva han hecho volver a los legisladores de su acuerdo, y en los Códigos más progresivos se admite la comercialidad de los inmuebles. Podemos citar entre los así orientados el de Italia, promulgado el 31 de octubre de 1882, puesto en vigor en 1.° de enero de 1883. En su lib. I, tít. II, art. 3.°, se dice: "La ley reputa actos de comercio:... 3.° La compra y la reventa de bienes inmuebles cuando se hagan con intención de llevar a cabo una especulación mercantil." El de Méjico de 15 de septiembre de 1889, directamente inspirado en el italiano, que en su lib. II, tít. I, cap. I, "De los actos de comercio", art. 75, dice así: "La ley reputa actos de comercio:

"1.° Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en su estado natural, sea después de trabajados o labrados.

"2.° Las compras y ventas de *bienes inmuebles,* cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial...

El del Japón, de 7 de marzo de 1899, en su lib. III, *De los actos de Comercio,* cap. I, disposiciones generales, art. 263: "Son actos de comercio los siguientes:

1.° Las disposiciones que tengan por objeto la adquisición a título oneroso de objetos muebles o inmuebles, o efectos de valor, con objeto de venderlos lucrativamente, o la reventa de los objetos o efectos adquiridos de este modo". El Código alemán, de 10 de mayo de 1897, puede sostenerse que también admite la comercialidad de los inmuebles, como dicen G. Bachman (1) y A. Engelman (2). No puede deducirse así de su letra, pues en el art. 1.° dice: ..."Como industria mercantil se considera toda actividad industrial que tenga por objeto una de las clases de comercio indicadas a continuación:

"I. La adquisición y enajenación subsiguientes de cosas *mue-*

---

(1) *Annales de Droit commercial,* t. XIV, pág. 363.

(2) Citado por ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA SAN MARTÍN y MIÑANA VILLAGRASA en su obra "*Códigos de comercio españoles y extranjeros*", tomo I, págs. 510 a 512, nota.

Digitized by Google

bles (mercaderías) o efectos sin distinción de si las mercancías son enajenadas sin sufrir modificación o después de ella."

Al hablar expresamente de cosas muebles, parece ser propósito del legislador la exclusión de los inmuebles; pero no puede pensarse lo mismo si se tiene en cuenta que el art. 275 del antiguo Código alemán decía que los negocios que tuviesen por objeto bienes inmuebles no se reputarían mercantiles, y que el nuevo Código lo ha suprimido.

Junto a estos Códigos que admiten la comercialidad de los inmuebles existen otros que, si bien sólo a los muebles hacen referencia como objeto propio de comercio, enumeran entre los actos mercantiles la compra de un establecimiento de comercio, con lo que corroboran nuestra afirmación anterior de que el establecimiento mercantil es algo que escapa a la tradicional clasificación de las cosas en muebles e inmuebles. Nos referimos, entre otros, a los Códigos de Honduras (15 de septiembre de 1898), tít. preliminar, disposiciones generales, art. 3.°: "Son actos de comercio:

"1.° La compra y permuta de cosas *muebles,* hecha con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas...

"2.° La compra de un establecimiento de comercio." Y de Colombia (12 de octubre de 1869) y Chile de 23 de noviembre de 1865, cuyos arts. 20 y 3, respectivamente, coinciden literalmente en sus dos primeros números con los expuestos del hondureño.

Con esto queda demostrado que la condición jurídica del establecimiento mercantil no es en las legislaciones del mundo obstáculo alguno a su comercialidad. Empero podrá preguntarse: ¿el arrendamiento que a ellos afecta es mercantil como su compraventa? Sí, no tiene duda; es otra forma de especular con las cosas poco corriente en tiempos de vida social y mercantil rudimentaria, pero frecuentísima en la actualidad. Así en muchos Códigos europeos y americanos vemos comprendidos en el concepto acto mercantil, junto a la compra y reventa de cosas muebles, su alquiler. Tal sucede en el Código mercantil más viejo, el francés de 1807, modificado por la Ley de 17 de julio de

Digitized by Google

1856, inspirador de gran número de Códigos que rigen todavía el mundo de los negocios o han sido derogados ya. Dice en su art. 632 el segundo de los Códigos de Napoleón: "La ley reputa actos de comercio: toda compra de géneros y mercancías para revenderlos, sea en su estado natural, sea después de haberlos trabajado y labrado, *o para alquilar su uso...* (1)." Lo mismo encontramos en el citado Código italiano de 1882: "La ley reputa actos de comercio:

1.° La compra de géneros o mercancías para la reventa, ya en su estado natural, ya después de haberlos trabajado, *aunque sólo sea para darlos en arrendamiento,* y..."; en el holandés, de 1.° de octubre de 1838, art. 3.°: "Por actos de comercio entiende la ley, en general, la compra de mercancías para volverlas a revender, al por mayor o al por menor, sea en su estado natural o labradas, *aunque sólo sea para alquilar su uso*" (Lib. I, *Del comercio en general,* tít. I: "De los comerciantes y de los actos de comercio"); el belga, en su ley de 15 de diciembre de 1872, una de las que integran el Código de Comercio, pues en Bélgica el Código se formó por la reunión de leyes particulares de distintas fechas, dice su art. 2.°: "La ley reputa acto de comercio:

"Toda compra de artículos y mercancías para revenderlas, sea en su estado natural, sea después de haberlas trabajado y transformado, aunque sea simplemente para *alquilar el uso;* toda venta o alquiler que sea la consecuencia de tal compra; todo alquiler de muebles para subarrendarlos y todo subarriendo consecuencia de aquél..."

Aquí se va más lejos que nosotros íbamos al razonar la mercantilidad de nuestro arrendamiento. Claro está que allí sólo le negábamos carácter mercantil cuando el lucro no fuera el móvil que llevase al arrendatario a tomar en arriendo la cosa y subarrendar. Existiendo el ánimo de lucro, la mercantilidad del subarriendo es indudable.

Lo mismo puede leerse en el art. 621 del Código de Comer-

---

(1) ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA SAN MARTÍN y MIÑANA VILLAGRASA. Obra citada, pág. 398, 400, 409, 415, 429, 435, 461 y siguientes, volumen I "*De los comerciantes y de los actos del comercio*".

Digitized by Google

cio de Haití, de 28 de marzo de 1826, que copia textualmente el art. 632 del Código francés; en los de Colombia (número 1.° del art. 20), Méjico (núm. 1.° de su art. 75), Honduras (núm. 1.° de su art. 3.°), Chile (núm. 2.°, art. 3.°) ya citados, y los de Rumania, Código de 16 de abril de 1887, art. 3.°: "La ley reputa actos de comercio: 1.° La compra de género; de mercancías para revenderlas, sea en su estado natural, sea después de haber sido trabajadas o labradas, o sólo para *alquilar su* uso"; y Uruguay, de 24 de enero de 1866, art. 7.°: "La ley reputa actos de comercio en general: 1.° Toda compra de una cosa para revenderla o *alquilar el uso de ella...*"

La venta de un establecimiento mercantil con un fin lucrativo en el adquirente creemos que puede, sin violencia alguna, calificarse de mercantil en nuestra legislación, porque si el establecimiento es cosa mueble, cabe exactamente en la letra del precitado art. 325 del Código de Comercio, y si no lo es, si por el contrario es inmueble (lo que no afirmamos, tanto menos cuanto muchos Códigos extranjeros, como hemos dicho, niegan la mercantilidad de los inmuebles y proclaman la del establecimiento mercantil), esto no puede ser obstáculo invencible para llegar a la misma calificación legal, si se tiene en cuenta que nuestro Código vigente no niega expresamente el carácter mercantil de estos bienes; a semejanza de lo que en el nuevo alemán ocurre, más parece afirmarlo suprimiendo el art. 360 del Código del 29, su antecedente más próximo, que expresamente negaba carácter mercantil a "las compras de bienes raíces y efectos accesorios a éstos, aunque sean muebles". La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de diciembre de 1881 (obsérvese que es anterior a la promulgación y vigencia del Código de 1885), declaró de un modo rotundo la mercantilidad de esa venta. Dice: "Que la cesión o traspaso de un establecimiento con todos sus géneros por un precio debe ser considerado, con arreglo al artículo 359 (que corresponde al 325 del vigente), como una compraventa mercantil."

Siendo esto así, entendemos nosotros que el arrendamiento del tantas veces mencionado establecimiento mercantil, que tanto vale, como la venta de su uso por un determinado tiempo, también será —aplicando el criterio de analogía que nuestro Código

Digitized by Google

establece en su art. 2.º— un acto mercantil por naturaleza, como llama Thaller a los actos objetivamente mercantiles.

Obsérvese, de la comparación del concepto legal de la venta y arrendamiento (arts. 1.445 y 1.543), el parentesco evidente que entre ambos contratos existe.

Por las razones expuestas calificamos de mercantil el acto que se contiene en el problema propuesto.

PROBLEMA TERCERO

La compraventa de una marca de comercio, ¿es acto mercantil según el derecho vigente en España?

DICTAMEN DE DON ANGEL COARASA NOGUES

Examinemos primeramente el problema bajo el aspecto doctrinal, para pasar luego a hacerlo según el Derecho vigente en España.

Doctrinalmente, ¿podemos calificar de mercantil la compraventa de una marca de comercio?

Esta es, como sabemos, el signo que adoptan los comerciantes para distinguir las mercaderías procedentes de su casa comercial.

La marca de comercio no tiene otro uso que el de servir al comerciante para el mejor ejercicio y desarrollo de su industria comercial, al efecto de garantizar a los que con él comercian la legítima procedencia de los artículos que del mismo adquieren.

Por consiguiente, los actos que recaigan sobre las marcas de comercio serán actos mercantiles, ya que versan sobre derechos (la marca de comercio no es una cosa mueble, sino el derecho al uso exclusivo del signo o signos que la constituyen) que nacen y se ejercitan por y para el mejor desarrollo de la actividad mercantil.

Es decir, que la compraventa de una marca de comercio *es mercantil por la naturaleza eminentemente mercantil de la cosa sobre que recae.* Es, pues, un *acto mercantil objetivo por la condición de las cosas sobre que recae.*

Digitized by Google

Discutible es (¿cómo no serlo?) la distinción que algunos autores hacen entre *cosas mercantiles por naturaleza* y *cosas mercantiles por accidente*. Los mismos autores y Códigos de Derecho civil vienen a poner en duda aquella distinción cuando, al tratar de determinar las cosas que pueden ser objeto de contrato, dicen que son "aquellas que, estando en el comercio de los hombres, no se opongan a las leyes ni a las buenas costumbres". Todas las cosas que se hallen en estas condiciones podrán, por tanto, ser objeto de contratación lo mismo civil que mercantil, y si ello es así, difícilmente puede llegarse al establecimiento de un criterio científico que nos dé la clave de aquella distinción entre cosas natural y accidentalmente mercantiles.

Pero aun admitiendo esta distinción, cabe todavía hacer alguna observación:

¿Hasta qué punto puede esa naturaleza esencialmente mercantil, de ciertas cosas, influír en la calificación civil o mercantil de los actos jurídicos que sobre ellas versen? Admitida esta influencia, que algunos autores consideran decisiva, llegaríamos a absurdos como el de calificar de mercantil el testamento en que se constituyese un legado de una de esas cosas mercantiles por naturaleza, o el testamento hecho por el que no poseía otra clase de cosas que *buques, dinero, marcas de comercio, valores y efectos* o *empresas comerciales*, cosas todas ellas mercantiles por naturaleza (según algún autor) y cuya influencia en los actos que sobre ellas recaen llega al extremo de calificar a éstos de mercantiles.

Es verdad que nuestro caso es el de una compraventa y no el de una sucesión *mortis causa;* pero como no creo tan decisiva la influencia de la naturaleza mercantil de la marca de comercio para calificar de mercantil a dicha compraventa, habré de tomar otros caminos para llegar a la conclusión de que dicha compraventa es mercantil.

Todos los autores están acordes al colocar como acto tipo de la actividad comercial la compraventa de cosas, hecha para revenderlas con ánimo de lucrarse o especular en la reventa.

Veamos, pues, si la compraventa de nuestro caso coincide con este acto tipo del comercio.

El enunciado del problema no nos dice que se revenda la

Digitized by Google

marca de comercio; pero si así fuera, no habría inconveniente alguno en calificar de mercantil dicha compraventa, ya que el ánimo de especular debe suponerse siempre.

Por otra parte, aunque en sí misma no fuera un acto mercantil, constituiría casi siempre uno de los llamados *actos preparatorios*. Evidentemente el que adquiere (originaria o derivativamente) una marca de comercio (fuera del caso irracional del que la adquiere sin ninguna finalidad), o es para utilizarla de un modo directo en el comercio, o es para evitar las enojosas competencias del mercado.

En estos dos supuestos, la adquisición (derivativa) de la marca de comercio ha puesto al comprador en condiciones de servirse de ella (más o menos directamente) para el mejor desarrollo de la actividad comercial. Es, por tanto, un *acto mercantil preparatorio*.

Quizás haya quien objete que no habiendo lucro en dicha compraventa, ésta no podrá ser calificada de mercantil. Pero fácilmente se observará que si no le hay en la compraventa le habrá seguramente después, porque dicha compraventa es un acto preparatorio de otros actos de comercio que se realizarán con posterioridad, y no hay que buscar el lucro o, mejor dicho, el ánimo de especular en los actos preparatorios, sino en los actos principales, que son los que constituyen los actos tipos de la actividad mercantil.

Estos razonamientos son, a mi juicio, suficientes para declarar la mercantilidad de la compraventa de la marca de comercio.

* * *

Veamos ahora si aquella compraventa puede calificarse de mercantil según el *Derecho vigente en España*.

Los textos legales a los que hay que acudir para hallar la solución del problema son:

El Código de comercio vigente;

Ley de la Propiedad industrial, de 16 de mayo de 1902; y

El Reglamento dictado para la aplicación de ésta, de fecha 12 de junio de 1903.

Ante todo, bien estará advertir que la calificación, civil o mercantil, que demos a la compraventa de una marca de comercio, no

Digitized by Google

habrá de influír para nada en sus efectos, ya que se trata de una propiedad de carácter especialísimo regulada por una ley de idéntico carácter. Los principios generales de la contratación (que no son civiles ni mercantiles, como tales principios generales) serán los que regularán las distintas maneras de transmitirse la propiedad industrial; pero siempre habrán de amoldarse a las especialísimas prescripciones de la ley de la Propiedad industrial.

Esta ley de la propiedad industrial ha sido, desde luego, dictada para la protección, no sólo de la industria, como podría deducirse del título que lleva, sino del comercio, sobre todo en lo que respecta a las marcas de comercio, nombres comerciales, privilegios, etc., etc. Por consiguiente, merece, en tal concepto, la calificación de ley complementaria del Código de Comercio: es, en suma, una de las leyes especiales de que se hace mención en el art. 50 del Código de Comercio (1).

Hechas estas advertencias, a mi juicio necesarias para hacer ver la compenetración existente entre esta ley y el Código de Comercio, pasemos a resolver definitivamente el problema de la calificación, civil o mercantil, de la compraventa de una marca de comercio.

El laconismo empleado en la redacción del enunciado del problema me obliga a hacer las siguientes hipótesis:

1.ª La marca de comercio se ha comprado para revenderla después con ánimo, claro está, de lucrarse en la reventa.

2.ª La marca de comercio se ha comprado, pero sin finalidad alguna. Esto es, desde luego, inconcebible: de irracional que es, no cabe admitirlo.

3.ª El comprador, al adquirir la marca de comercio, lo ha hecho con miras comerciales, bien para usar la marca adquirida, o para evitar con su adquisición las enojosas competencias del mercado.

(1) ART. 50.—Los contratos mercantiles en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán, *en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales*, por las reglas generales del derecho común.

Digitized by Google

Desechada por irracional la segunda hipótesis, vamos sólo a estudiar la primera y la tercera:

PRIMERA HIPÓTESIS. *Compraventa de una marca de comercio para revenderla, con ánimo de lucrarse en la reventa.*

¿Cabe colocar esta compraventa dentro del art. 325 del Código de Comercio, que dice: *Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa?*

¿Es un bien mueble la marca de comercio? *Materialmente,* sí; no hay duda alguna. *Legalmente,* es el derecho al uso exclusivo de la marca.

Si la marca de comercio no ha sido registrada con arreglo a las prescripciones de la ley de la Propiedad industrial, será simplemente un signo que podrá usarlo cualquiera sin temor a ser molestado por ello, y en este caso la compraventa dejaría de ser tal compraventa, ya que el comprador entregaría el precio al vendedor por una cosa que podía usar cualquiera.

Si, por el contrario, la marca está registrada, entonces lo que se transmite en la compraventa no es el signo mismo, sino el derecho a usarlo de un modo exclusivo.

Esto quiere decir que la marca de comercio no es un bien mueble. Así lo ha creído el legislador cuando, en el art. 30 de la vigente ley de Propiedad industrial, ha tenido, para evitar dudas, que expresarse en los siguientes términos: "La propiedad de las marcas está equiparada a la de los bienes muebles."

En vista de esta terminante declaración del artículo transcrito anteriormente, podremos aceptar, para los efectos de aplicación del artículo 325 del Código de Comercio, la naturaleza mueble de las marcas de comercio; pero con la salvedad de que son muebles sometidos a un régimen especial, porque el principio sentado en el art. 464 del Código civil que dice "la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título", no es aplicable a las marcas de comercio, según dispone el artículo 30 de la citada ley de Propiedad industrial: "Mas para quedar amparada (se refiere a la propiedad de las marcas) por la presente ley, será indispensable haber obtenido el correspondiente

Digitized by Google

certificado-título de inscripción en el Registro de la Propiedad industrial."

Si la marca de comercio es un bien mueble, si se ha comprado, además, para revenderla con ánimo de lucrarse en la reventa, no cabe duda que *la compraventa realizada en estas condiciones es una compraventa mercantil,* según el expresado artículo 325 del Código de Comercio, ya que las excepciones del artículo 326 no le comprenden ni en su letra ni en su espíritu.

TERCERA HIPÓTESIS. *El comprador adquirió la marca, ya para utilizarla de un modo directo en el comercio, ya para evitar con su adquisición las competencias del mercado.*

En los dos supuestos sentados dentro de esta tercera hipótesis, no cabe duda alguna que es el fin comercial el que justifica la adquisición derivativa (compraventa) de la marca de comercio.

Esa adquisición por sí sola no es mercantil, o, por lo menos, no hay términos legales para darla dicha calificación; pero en relación con el fin a que va dirigida constituye un *acto preparatorio* (auxiliar) del comercio.

El art. 23 de la vigente ley de Propiedad industrial viene, en cierto modo, a reforzar la anterior argumentación al decir: "Podrán hacer uso de marca: *a*)..... ; *b*)..... ; *c*) los comerciantes para determinar los productos que compran para revenderlos luego bajo su responsabilidad y garantía." Estas marcas que, según el apartado *c*), pueden usar los comerciantes, son las llamadas *marcas de comercio.* Luego si la característica de la marca de comercio es la de servir al comerciante para el mejor desenvolvimiento de su negocio comercial, la compraventa que sobre aquélla recaiga será un *acto mercantil preparatorio,* ya que coloca al que lo realiza (en dirección adquisitiva) en condiciones más ventajosas para el desenvolvimiento de su actividad mercantil.

Por consiguiente, acudamos al *criterio de analogía* que brinda el párrafo segundo del art. 2.° del Código de Comercio: "Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga."

Busquemos, pues, los puntos de contacto que pueda tener esta compraventa con los demás actos y contratos expresamente reglamentados en el Código de Comercio. Siguiendo el orden del Código de Comercio, encontramos:

Digitized by Google

COMISIÓN.—Art. 244: "Se reputará comisión mercantil el mandato cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista."

Analizados los términos de este artículo, se objetará que la calificación mercantil del mandato depende de la concurrencia de dos elementos: *finalidad mercantil* del mandato, y que uno solo o los dos contratantes sean *comerciantes.*

DEPÓSITO.—Art. 303: "Para que el depósito sea mercantil se requiere:

"1.° Que el depositario, al menos, sea comerciante.

"2.° Que las cosas depositadas sean objetos de comercio.

"3.° Que el depósito constituya por sí una operación mercantil o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles."

Este artículo coincide con el espíritu (ya que no con la letra) del art. 244. Ambos exigen *que el fin sea comercial,* y que al menos uno de los contratantes sea comerciante. Y si no coinciden en la letra es debido a la distinta naturaleza contractual que separa a la comisión del depósito: aquél es un contrato consensual y éste, un contrato real.

PRÉSTAMO.—Art. 311: "Se reputará mercantil el préstamo concurriendo las circunstancias siguientes:

"1.ª Si alguno de los contratantes fuese comerciante.

"2.ª Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio."

MANDATO (art. 281); TRANSPORTE (art. 349), etc., etc., presentan casi los mismos caracteres que la *comisión,* el *depósito* y el *préstamo.*

La compraventa de nuestra tercera hipótesis se manifiesta revestida de los siguientes caracteres:

1.° *Recae sobre objetos,* mejor dicho, *derechos del comercio;* y 2.° *El objeto de esta compraventa va a dedicarse a actos de comercio.*

Pero todavía nos falta la *calificación de los elementos subjetivos que en ella intervienen.*

Es racional suponer que, tanto el que vendió la marca de comercio como el que la adquirió por compra, son comerciantes.

Digitized by Google

Si no, ¿para qué quería el vendedor la marca de comercio? ¿Para qué la adquirió el comprador? El supuesto más racional es el de que, si no los dos, por lo menos uno de ellos era comerciante.

Por consiguiente, creo que el criterio de analogía está bien aplicado a nuestra compraventa; luego podremos calificarla de mercantil.

* * *

Y una vez resuelto el problema, voy a tratar de cerrar la puerta a algunas objeciones que, no muy reflexivamente, pudieran hacerse.

El art. 30 de la citada ley de Propiedad industrial dice: "La propiedad de las marcas está equiparada a la de los bienes muebles. *Los modos de adquirir esta propiedad son los reconocidos por el Derecho* CIVIL; mas para quedar amparada por la presente ley, será indispensable haber obtenido el correspondiente certificado-título de inscripción en el Registro de la Propeidad industrial."

Es verdad que este artículo dice: "Los modos de adquirir esta propiedad son los reconocidos por el Derecho civil"; pero esto no quita fuerza alguna a mis razonamientos, porque en esta parte (modos de adquirir), y salvo ligerísimas diferencias de reglamentación impuestas por las exigencias de la vida mercantil, marchan acordes el Código de Comercio y el Código civil. Además, una cosa es el modo de adquirir, y otra muy distinta la reglamentación de las formalidades y efectos contractuales.

También el art. 147 de la misma ley de la Propiedad industrial dice: "Las *acciones civiles* en materia de la propiedad industrial, etc., etc..."; pero fácil es observar que dice *civiles* en *contraposición a criminales*, no en contraposición a mercantiles. Este es el espíritu de la ley, y es natural que así se haya expresado el legislador, porque las acciones civiles que nacen de la propiedad industrial sólo están defendidas por esa ley en tanto en cuanto los actos que a ella se refieren se ajusten a sus prescripciones. De las acciones criminales se ocupan, separadamente, esa misma ley y el Código penal, que en este respecto habrá de marchar paralelamente a aquélla.

Abordando, por último, el *aspecto formal* del problema en-

Digitized by Google

contramos también argumentos en pro de la solución que hemos dado al problema.

Según el apartado núm. 12 del art. 21 del Código de Comercio, "en la hoja de inscripción de cada comerciante o sociedad se anotarán: ...12.° Los títulos de propiedad industrial, patentes de invención y marcas de fábrica en la forma y modo que establezcan las leyes". Aunque expresamente no habla de las marcas de comercio, pueden éstas considerarse incluídas en los títulos de la Propiedad industrial, ya que, si habla de títulos de la Propiedad industrial, de patentes de invención y de marcas de fábrica, con mayor motivo debiera haber hablado expresamente de las marcas de comercio, las cuales no se refieren a industriales, sino a comerciantes, y al Registro mercantil está refiriéndose el Código de Comercio en el citado art. 21.

Esta interpretación, que no creo pueda refutarse, está todavía auxiliada de la terminante declaración del art. 35 de la tantas veces citada ley de la Propiedad industrial: "Independientemente (es decir, además) del Registro mrcantil de que trata el artículo 16 del Código de Comercio, todo agricultor, industrial o comerciante, español o extranjero domiciliado en España, podrá pedir, individual o colectivamente, la inscripción en el Registro de la Propiedad industrial de su respectivo nombre comercial."

Es decir, que hay tal inteligencia y compenetración entre el Código de Comercio y esa ley de Propiedad industrial (y es natural que así sea, ya que esta ley se dictó para salvaguardar los legítimos derechos de la Agricultura, de la Industria y del Comercio), que el concebir que la compraventa de una marca de comercio no es mercantil, sobre todo cuando se han cumplido todas las prescripciones del Código de Comercio y de esa ley, es, a mi juicio, separarse por completo de la tangible realidad de la vida jurídica. Y que esa compraventa se realizará y registrará con arreglo a las disposiciones legales es de suponerlo, pues de no hacerlo así, o el primer propietario de aquella marca continuará siéndolo legalmente (por no estar cancelada la inscripción hecha a su nombre), o dicha marca de comercio (cuyas inscripciones han sido canceladas, pero no renovadas a nombre del nuevo adquirente) vendría a hacerse del dominio público.

(*Continuará.*)

Digitized by Google

Conferencias del Profesor Duguit

EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL

I.ª

El pragmatismo jurídico.

El hombre tiene dos órdenes de conocimiento: el conocimiento de los hechos materiales sobre los que recae la acción de los sentidos, y el conocimiento de los conceptos.

Desde que el hombre comenzó a reflexionar se ha preguntado si estos dos órdenes de conocimiento corresponden a la realidad.

Del primero no puede seriamente negarse que corresponde a algo real. Pero desde hace miles de años se discute la cuestión de saber si los conceptos corresponden a una realidad.

La actitud adoptada por los más grandes pensadores es la que ha sido calificada de intelectualismo. Se admite que todo concepto del espíritu responde a una realidad existente fuera de él.

La actitud diametralmente opuesta es la del fenomenismo positivista: no se niega que la realidad conceptual exista, pero se declara que no es posible afirmarlo y que ello es cuestión de creencia individual.

El pragmatismo es una situación intermedia entre el intelectualismo y el fenomenismo positivista y se resume en esta frase de un filósofo inglés: "La verdad de la afirmación se juzga por el valor de sus consecuencias."

Esta doctrina pragmatista, establecida fuera de toda creencia religiosa, ha sido adoptada por numerosos teólogos modernistas, que han hallado un medio cómodo de conciliar su fe religiosa y los resultados de la obra científica. También ha sido adoptada por juristas modernos, especialmente por Saleilles, Ge-

Digitized by Google

ny y Hauriou, que encuentran medio de conciliar su fe en los antiguos dogmas jurídicos: sujetos de derecho, derecho subjetivo y las exigencias de la crítica moderna.

El objeto de las tres conferencias siguientes será investigar cuál de las tres doctrinas, la doctrina individualista francesa, la doctrina subjetivista alemana y la doctrina realista corresponde mejor a la posición pragmatista.

2.ª

La doctrina individualista francesa.

La doctrina individualista tiene un lejano pasado, pero ha hallado su definitiva expresión en la declaración francesa de los Derechos del hombre de 1789.

Esa doctrina coloca al individuo aislado como dueño de su voluntad y titular, como tal, del derecho de manifestar esta voluntad.

Es lo que se expresa diciendo: "La autonomía de la persona humana."

El individuo puede oponer esta autonomía no solamente a los otros individuos, sino a la colectividad en sí misma.

Esta colectividad se organiza en Estado por la voluntad de los individuos que, por consiguiente, se imponen al Estado mismo.

Para que la vida social sea posible, es preciso, no obstante, que el Estado aporte ciertas limitaciones a las manifestaciones de las voluntades individuales; pero no pueden limitar la voluntad de cada uno sino en la medida en que es necesario para proteger la libertad de todos.

Las relaciones entre individuos no pueden resultar sino de contratos libremente consentidos, porque la esfera de actividad jurídica individual no puede modificarse en más o en menos, sino por un acto de voluntad individual.

En cuanto a la propiedad, es el derecho subjetivo por excelencia del individuo inviolable y sagrado.

Si se adopta la posición pragmatista, esta doctrina será verdadera si llega a resultados útiles, a consecuencias socialmente dichosas y correspondiendo a las necesidades y tendencias de las sociedades modernas.

Digitized by Google

La cuestión fundamental consiste en dar un sólido fundamento jurídico a la limitación de los poderes del Estado frente al individuo.

La doctrina individualista opone el derecho del individuo a la soberanía del Estado; pero, o bien la soberanía limita este derecho como ella entiende, y el derecho desaparece, o, bien es el derecho del individuo el que se impone a la soberanía, y ésta se desvanece.

En las relaciones de individuo a individuo, la doctrina individualista implica que hay necesariamente un contrato; mas de hecho numerosas situaciones jurídicas nacen fuera de los contratos.

Finalmente, la doctrina individualista implica que una situación no está socialmente protegida sino cuando detrás de ella hay un derecho subjetivo y un sujeto de derecho; pero hay numerosos casos en los cuales deben ser socialmente protegidas situaciones sin que se pueda descubrir un sujeto de derecho y un derecho subjetivo.

La doctrina individualista, además de ser indefendible desde el punto de vista teórico, desde el pragmático es totalmente inadmisible.

3.ª

La doctrina subjetivista alemana.

Importa no confundirla con la doctrina individualista francesa. Una y otra se basan en la noción de Derecho subjetivo; pero la francesa se refiere al Derecho subjetivo del individuo, y la alemana al Derecho subjetivo del Estado.

No es, sin embargo, que la doctrina alemana niegue el Derecho subjetivo del individuo, sino que enseña que este Derecho sólo muestra su plenitud en el Estado y por el Estado, y por ello llega a la absorción del individuo en el Estado, a la omnipotencia del Estado y, en realidad, a la negación del Derecho público interno e internacional.

Yo llamo alemana a esta doctrina, si bien tuvo por iniciador no a un francés, pero sí a un escritor de Lengua francesa, Juan Jacobo Rousseau, que fué el inspirador de Kant y

Digitized by Google

de Hegel, de los cuales, y sobre todo de este último, proceden todos los juristas de la Alemania moderna.

La doctrina de que se trata presenta el Derecho subjetivo del Estado, la Herrschaft, del cual el Estado, considerado como persona, es el titular.

El individuo tiene sus derechos; pero éstos son tanto más fuertes cuanto el Estado es más poderoso. Rousseau lo había dicho en términos muy claros; Hegel lo dijo en términos obscuros; pero que han tenido más resonancia en Alemania cuanto más obscuros eran.

Esta teoría encontró su continuación jurídica en Gerber o Laband y, sobre todo, con el ilustre profesor Jenillek.

Desde el punto de vista del pragmatismo, esta doctrina era evidentemente insostenible, porque era impotente para fundamentar la limitación de los poderes del Estado; de aquí que sus defensores, para rechazar la objeción, hayan imaginado la teoría sutil e ingeniosa de la autolimitación del Estado.

Formulada en un principio por el célebre jurisconsulto Ihering, fué reproducida y ampliamente desenvuelta luego por Jellinek.

Pero ¿quién no ve que no es otra cosa que un subterfugio para aparentar salvar el Derecho público? El mismo Jellinek lo reconoció al escribir que el derecho se hace para el Estado, y no el Estado para el Derecho; y que cuando la necesidad pública lo exige, el Derecho se retira a segundo término.

4.ª

La doctrina realista.

La doctrina individualista francesa y la doctrina subjetivista alemana se apoyan, una y otra, en los conceptos de Derecho subjetivo y del sujeto del Derecho.

La doctrina realista pretende eliminar todo concepto y basar el sistema jurídico sobre la simple comprobación de los hechos. En seguida sale al paso una objeción que, a primera vista, parece irrefutable.

Las ciencias físicas y naturales, que no tienen otro objeto que comprobar los fenómenos en sus relaciones de secuencia

Digitized by Google

y de coexistencia, pueden eliminar todos los conceptos y sujetarse a un fenómeno integral; pero no es lo mismo tratándose de disciplinas que, como el Derecho y la Moral, tienen por objeto determinar las reglas de conducta impuestas al hombre que vive en sociedad: la regla de conducta no puede derivarse de los hechos, porque a los hechos debe imponerse. Este es el resumen de todas las objeciones que en distinta forma se han hecho a la doctrina realista.

Ella responde diciendo que la objeción sería verdadera si demostrase que la regla que ella determina se impone a las voluntades limitando el poder de éstas, del mismo modo que, a la inversa, el Derecho subjetivo es un crecimiento del poder voluntario. Pero la doctrina realista no ve en la regla del Derecho sino una regla análoga a las de las costumbres, a las reglas económicas, que se imponen al individuo sin modificar el carácter de su voluntad, y que él debe cumplir so pena de sufrir la violencia de una reacción social espontánea.

En otros términos: la regla de Derecho es del mismo orden que las leyes naturales, con la diferencia de que el individuo tiene conciencia de estar sometido a estas leyes, y probablemente esta conciencia no existe en el mundo físico ni aun en el mundo biológico.

Por lo demás, desde el punto de vista en que nos hemos colocado, la cuestión es saber qué valor pragmático tiene la doctrina realista; y fácil parece demostrar que es singularmente superior que el de las doctrinas individualista y subjetivista.

Ella llega a fundar sobre una base sólida la limitación de los poderes del Estado, porque niega al mismo tiempo la personalidad y la soberanía de éste, desde el momento en que ella no ve otra cosa en los gobernantes que individuos sometidos como los demás a la regla de Derecho.

Llega a explicar la protección de todas las situaciones legítimas sin perderse en el laberinto sin fin de las controversias sobre el sujeto del Derecho y sobre el Derecho subjetivo.

De este modo, la doctrina realista tiene un valor pragmático superior a las otras, y ella sola puede fundar un sistema de Derecho sobre bases verdaderamente científicas.

Digitized by Google

INDICE

PÁGS.

El estado de necesidad en el Derecho penal, por Isaías S. Sánchez Tejerina..... 5

El delito de contagio intersexual y nutricio, por Luis Sierra Bermejo..... 39

Trabajos prácticos de Derecho mercantil, por Emilio Miñana..... 60, 155 y 384

Documentos para la historia de Béjar, por Antonio Martín Lázaro..... 87 y 177

Sistema general de Filosofía del Derecho, por Alfonso Falkenstein y Hauser..... 113 y 298

Noticias para la historia económicosocial de España, por Concepción Alfaya..... 140 y 277

La unificación de las leyes cambiarias, por Miguel Cabeza y Anido..... 209 y 327

El servicio personal de los indios durante la colonización española en América, por José de Barrasa y Muñoz de Bustillo..... 231 y 361

Conferencias del Profesor Huguit en la Universidad Central..... 416

Bibliografía crítica de estudios penales y revista de las leyes y de los proyectos más importantes en materia penal, por Luis Jiménez de Asúa (págs. 33 a 216).

Erratas contenidas en el artículo "Sistema general de Filosofía del Derecho" núm. 23 de esta Revista.

Pág. 309, línea 13, dice:	*debe decir:*
...que los hombres se propongan vivir agrupados, es inevitable que...	...ser de índole meramente transitoria ya que sólo implicaría una...
Pág. 326, línea 21, dice:	*debe decir:*
conliciones accesarias	condiciones necesarias

Digitized by Google

Digitized by Google

BIBLIOGRAFIA CRITICA DE ESTUDIOS PENALES Y REVISTA DE LAS LEYES Y DE LOS PROYECTOS MAS IMPORTANTES EN MATERIA PENAL

Ojeada de conjunto desde 1915 a 1922 y Notas bibliográficas desde 1919 a 1922

POR

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—PRIMERA PARTE: OJEADA GENERAL DESDE 1915 A 1922.—I. *España:* 1. Tratados y obras generales.—2. Trabajos históricos.—3. Estudios sobre Escuelas penales, Antropología y Sociología criminales o Criminología.—4. Obras sobre la Parte general: La ley penal.—5. Obras sobre la Parte general: El delito.—6. Obras sobre la Parte general: La sanción.—7. Contribuciones a la Parte especial.—8. Trabajos sobre Legislación penal comparada.—9. Escritos sobre Policía judicial científica.—10. Revistas.—11. Congresos penitenciarios.—12. Las nuevas leyes penales y la reforma del Código penal.—II. *América de lengua española*: 1. La producción científica en materia penal.—2. El nuevo Código argentino y Bibliografía en torno. Código de Costa Rica. Proyecto del Perú, etc.—III. *Alemania y Austria*.—1. Recientes Tratados, obras generales, etc.—2. La reforma penal y su bibliografía.—IV. *Suiza*: 1. Obras sobre ciencias penales.—2. El Proyecto de Código penal federal y literatura sobre él.—V. *Italia*: 1. Su rica contribución jurídico-penal.—2. El Proyecto de 1921 y obras que le comentan.—VI. *Francia*.—VII. *Bélgica*.—VIII. *Inglaterra y Estados Unidos de Norte-América*.—IX. *Suecia y Dinamarca*: 1. Thyrén y sus obras.—2. El Anteproyecto de Código penal sueco y el Proyecto danés.—X. *Polonia, Checoeslovaquia y Rusia*.—SEGUNDA PARTE: NOTAS BIBLIOGRÁFICAS DESDE 1919 A 1922.—1. Eugenio Cuello Calón, *Notas* a la traducción española de los *Elementos de Derecho penal* de Pessina, 3.ª edición. Madrid, Reus, 1919.—2. Eugenio Cuello Calón, *Penología. Las penas y las medidas de seguridad. Su ejecución*, Madrid, Reus, 1920.—3. José Antón Oneca, *Derecho penal*, Madrid, Reus, 1922.—4. José Antón Oneca, *El perdón*

Digitized by Google

judicial. Monografías del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Madrid, Madrid, Tip. de la "Rev. de Arch., Bibl. y Museos", 1922.—5. Enrique de Benito, *Las orientaciones modernas del Derecho penal,* Valencia, Vives, 1922.—6. Emilio Langle, *¿Debe constituir delito el adulterio?,* Madrid, Reus, 1922.—7. Juan P. Ramos y sus discípulos Magnanini, Morixe, Levene, Jacobé y Jacobacci, *Concordancias del proyecto de Código penal de 1917,* Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias sociales, 1921.—8. José Peco, *La reforma penal argentina de 1917-1920,* Buenos Aires, Abeledo, 1921.—9. Octavio González Roura, *Derecho penal,* Buenos Aires, Abeledo, 1922. —10. Jorge Eduardo Coll, *La acción pública y el Derecho penal,* 2.ª edición, Buenos Aires, Rosas, 1920.—11. Diego Vicente Tejera, *El rapto,* Matanzas, Impr. Solés, 1921.—12. Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung.* Tomo IV: *Die Fahrlässigkeit,* Leipzig, Meiner, 1919.—13. Karl Binding, *Die Schuld im deutschen Strafrech. Vorsatz. Irrtum. Fahrlässigkeit. Kurzes Lehrbuch,* Leipzig, Meiner, 1919.—14. Wilhelm Sauer, *Grundlagen des Strafrechts,* Berlín y Leipzig, Walter de Gruyter und Co., 1921.—15. Ed. Guckenheimer, *Der Begriff der chrelosen Gesinnung im Strafrecht,* Hamburgo, Gente, 1921.—16. M. Liepmann, *Die Reform des deutschen Strafrechts,* Hamburgo, Gente, 1921.—17. Ernst Beling, *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzebung. Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919,* Berlín, Rothschild, 1922.—18. *Festgabe für Emil Zürcher zu seinem siebzigsten Geburtstage* (*11 Juni 1920*), ofrecido por amigos y discípulos, Berna, Stämpfli, 1920. —19. Alfredo Pozzolini, *Istituzioni di Diritto penale italiano,* vol. I, Florencia, Barbèra, 1921.—20. Manfredo Pinto, *Sistema di Diritto penale italiano, Parte generale,* Milán, Società editrice libraria, 1922. —21. Domenico Cigna, *Positivismo e Diritto. Sintesi di riforma penale,* Palermo, Trimarchi, 1921.—22. Silvio Longhi, *Per un Codice della prevenzione criminale,* Milán, Ed. "Unitas", 1922.—23. Adelmo Borettini, *Tutela giuridica e difesa sociale,* Milán, Società editrice libraria, 1922.—24. J.-A. Roux, *Cours de Droit Pénal et de Procédure Pénale,* París, Sirey, 1920.—25. J.-A. Roux, *La défense contre le crime. Répression et prévention,* París, Alcan, 1922.—26. Paul Fauconnet, *La responsabilité. Etude de Sociologie,* París, Alcan, 1920. —27. Vespasien V. Pella, *Aperçu sur la criminalité collective. L'esprit de corps et les problèmes de la responsabilité pénale,* París, Sagot, 1920.—28. Courtney Stanhope Kenny, *Esquisse du Droit criminel anglais,* traducido al francés por A. Paulian, París, Giard, 1921.—29. Burdette G. Lewis, *The offender and his relations to law and Society,* 2.ª edición, Nueva York y Londres, Harper and Brothers Publishers, s. a. (1921).

Digitized by Google

INTRODUCCION

Estas notas que he compuesto pretenden llenar un vacío. El que hojee una revista extranjera podrá ver la excepcional importancia que se concede, sobre todo en Italia y Alemania, a la seción bibliográfica. Lo mismo ocurre entre nosotros con las Revistas médicas, hasta el punto que hay una de reciente fundación y de muy lisonjero éxito, destinada a extractar los artículos y libros médicos que se publican en todo el mundo (1). En el campo jurídico se ha descuidado tan interesante tema. La *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* que nunca dió muy abundantes notas bibliográficas, ha ido restringiéndolas hasta llegar, en estos últimos tiempos, casi a la total supresión de las páginas que consagraba a tan interesante objeto.

Estoy firmemente convencido de la necesidad de una sección bibliográfica en las Revistas profesionales, que de día en día se hace más precisa; cada vez se especializan más los conocimientos, la producción científica aumenta, y la existencia, vertiginosamente vivida, apenas deja tiempo para hojear los libros a los jueces y profesionales del Foro, que se ven precisados a prescindir de tales elementos, cada vez más indispensables en el recto comento e interpretación de las leyes. Además, una buena parte de lo que se publica, lo más considerable y denso, no suele ser asequible a la mayoría, por hallarse escrito en idiomas que no son del dominio corriente.

Me he propuesto colmar esta laguna, en orden a la especialidad que cultivo. De modo esporádico realicé ya pequeños trabajos en esa dirección, publicando, en varias Revistas, notas de Bibliografía crítica sobre estudios de Derecho penal (2). Debo

(1) *Archivos de Medicina, Cirugía y Especialidades.* Esta revista, que nació con la sola finalidad de dar cuenta del movimiento científico médico mundial, extractando libros y artículos, publica, desde el año 1922, trabajos originales de sus redactores y colaboradores.

(2) Véanse estas recensiones mías sobre libros y folletos de Sánchez Tejerina, Conde de Cedillo, Cuello Calón, Thyrén y Binding-Hoche, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* vol. CXXX (1917), págs. 418-420; en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales,* año I (1918), págs. 292-294 y 438-442; año II (1919), págs. 599-606 (esta últi-

Digitized by Google

confesar que no puedo considerarme como explorador de territorios desconocidos. Aparte de las bibliografías penales que se han compuesto en el extranjero, contamos entre nosotros con una muy estimable de CONSTANTE AMOR NEVEIRO (1). ¡Lástima que se haya seguido el sistema alfabético de autores, como en los Catálogos de las librerías! Con ello se resta valor al paciente trabajo, llegando a ser inútil para los que quieren hallar literatura sobre un tema determinado. Además, son de lamentar también importantes errores. Con todo, la obra de Amor Neveiro es un trabajo meritísimo.

Pero la tarea que emprendo ahora se diferencia totalmente de la que realizó Constante Amor. Mi propósito es menos extenso y más intenso. Yo no pretendo escribir una bibliografía penal comprensiva de todas las obras que se han publicado desde tiempos lejanos, inscritas por sus títulos de modo escueto. Quiero elaborar un trabajo que sólo abarque los años más próximos; pero que sea crítico, que lleve, al par de la cita editorial, una indicación y un avalúo de su contenido. Además, me propongo pasar revista a las nuevas leyes y recientes proyectos.

Cuando estuve en Italia, Enrique Ferri me honró con el nombramiento de colaborador de la *Scuola positiva,* encargándome especialmente de las recensiones de obras españolas y alemanas. El pensamiento de que hago para extraños una tarea que se precisa entre nosotros, me ha producido un profundo remordimiento. He aquí el origen de este trabajo que ahora emprendo.

Las páginas de la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* habían acogido ya, el primer año de su publicación (1918), un estudio similar, referente al Derecho civil, de mi querido amigo y compañero JOSÉ CASTÁN (2), siendo lamentable que no haya pro-

---

ma nota se publicó por separado, con el título de *Bibliografía crítica. Tres trabajos del profesor Thyrén,* Madrid, 1920), y en *La Scuola positiva e Rivista di Diritto e Procedura penale,* nueva serie, año I (1921), págs. 604-605. También se publican en esta última Revista las notas críticas que ocupan la segunda parte del presente estudio, señaladas con los núms. 1 a 3 y 7 a 18.

(1) *Bibliografía de los estudios penales por orden alfabético de autores, seguida de varias clasificaciones que facilitan el uso de la misma,* Madrid, Hijos de Reus, 1918, un volumen en 8.º de 567 páginas.

(2) Este trabajo se imprimió, además, por separado: *Bibliografía crítica. El momento actual de la literatura del Derecho civil,* Madrid, 1918.

Digitized by Google

seguido la excelente labor iniciada. Por eso prefiero esta REVISTA para publicar mi trabajo.

Dos palabras, antes de terminar estas primeras líneas, referentes a los límites de mi labor, a la estructura de la obra y al porvenir que para ella quisiera.

Esta *Bibliografía crítica de estudios penales* no se circunscribe a España: es universal. La misma amplitud del empeño me fuerza a extremar la selección. No debe esperarse que estas páginas sean un catálogo completo de libros sobre ciencias penales, sino la indicación crítica de lo más saliente y recomendable. Por eso se omiten aquellas obras que, a pesar de su ambicioso título o de su considerable volumen, tienen escasa densidad, y con más motivo se silencian las que van plagadas de errores y ausentes de honradez científica.

Este estudio comprende dos partes: la primera es una ojeada general desde 1915 a 1922; la segunda, una serie de notas bibliográficas sobre obras aparecidas en los cuatro últimos años. En la primera parte no he omitido la breve noticia de libros míos; en las notas que constituyen la última sección no he querido hablar de ellos, a pesar de que entre los médicos son ya corrientes las autorrecensiones; pero yo he dado a mis notas un sentido crítico que las hace incompatibles con ese sistema, muy recomendable cuando la bibliografía se reduce a fieles extractos de los trabajos reseñados, sin asomo de estimativa. He dividido por países la investigación bibliográfica, en la forma que se detalla en el sumario precedente.

Está en mi propósito que esta tarea no sea un brote aislado; quisiera publicar, con cierta periodicidad, estudios similares a éste, que, destacados de la REVISTA, formaran una colección independiente (1). Iría así preparando, con menos esfuerzo, un trabajo de más empeño que años ha tengo en el telar: una completa *Exposición sistemática y crítica de Bibliografía de estudios penales españoles.*

---

(1) Los autores pueden remitir sus obras para esta Bibliografía crítica, dirigiéndome el envío a la Universidad o a mi casa, Juan Bravo, 14, Madrid.

Digitized by Google

PRIMERA PARTE

OJEADA GENERAL DESDE 1915 A 1922

I.—ESPAÑA

Al exponer la Literatura penal española de estos ocho últimos años, adopto una sencilla división por materias, que facilitará su consulta.

1. Tratados y obras generales.

La obra que ocupa lugar preferente en nuestra producción penal de estos últimos años es *El derecho protector de los criminales* (nueva edición, muy aumentada y rehecha de los "Estudios de Derecho penal preventivo"), Madrid, Suárez, 1916, en dos gruesos volúmenes. No puede decirse que es un Tratado, pero va encerrada en ella la esencia y el desarrollo de una doctrina. Su Autor es uno de nuestros pensadores más considerables y, sin disputa, el primer penalista español: Pedro Dorado Montero. Murió el gran maestro, profesor de Derecho penal en Salamanca, tras larga enfermedad, a los cincuenta y ocho años, el día 15 de marzo de 1919, en Navacarros, pueblo que le vió nacer.

En el imperfecto cuerpo de Dorado (era cojo y manco) anidaba un espíritu selecto. Su laboriosa vida se consagró por entero a las cuestiones penales, y en sus numerosas obras latió tenazmente una original doctrina, cuyas ideas rectoras repetía de un modo constante en sus escritos, como si quisiera hincarlas, por golpes tercamente repetidos, en la conciencia de sus compatriotas (1).

---

(1) Daré aquí una incompleta lista de sus libros, pues los muchos artículos que escribió son de difícil referencia, por hallarse dispersos en varias Revistas. Los más salientes los recogió él mismo, en su obra *De Criminología y Penología*, que ahora mencionaré, y en los dos volúmenes de su *Derecho protector de los criminales*, citado en el texto. He aquí, pues, una Bibliografía de sus más importantes estudios: *La Antropología criminal en Italia*, Madrid, "España Moderna", 1889 (2.ª edición, 1890); *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana*, Madrid, 1891; *Problemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, "España Moderna", 1893; *Estudio crítico sobre la doctrina de Garofalo y de la nueva escuela penal italiana*, puesto al frente de "Indemnización a las

Digitized by Google

Dorado Montero se formó bajo el influjo de dos corrientes que parecían contrapuestas, pero que en él alcanzan una armonía sorprendente. En Italia fué discípulo de Ardigò y en España de don Francisco Giner de los Ríos. En su sistema pesó, pues, el positivismo del primero y el correccionalismo del segundo. Poner al día este último, infundiendo su espíritu en el cúmulo, no muy ordenado, de datos del positivismo, fué la misión que se propuso nuestro gran maestro.

Con palabras más o menos diferentes anunció Dorado, en muchas páginas de sus claras obras, que el Derecho punitivo, clásico y expiatorio, va muriendo y que está a punto de caer en la fosa que él mismo se ha ido cavando, por su falta de eficacia en la lucha contra el delito. A ese agonizante Derecho represivo debe sustituír el Derecho penal preventivo, protector de la sociedad, y que por eso mismo deberá convertirse en un verdadero *Derecho protector de los criminales,* título de su último libro, que expresa por sí solo, sintetizándole, todo el sistema de Dorado. En uno de mis estudios he salido al paso de los que quieren ver en esa frase una *boutade*: "La paradoja que parece resultar de estas ideas —*para proteger a la sociedad, crear un derecho protector de los delincuentes*— no está más que en la superficie de las palabras, puesto que los conceptos que expresan no pueden ser más armónicos: *defendamos a la sociedad contra el peligro que el criminal representa, mediante procedimientos asegurativos y tute-*

---

víctimas del delito" de Garofalo, traducción española, Madrid, "España Moderna", 1893; *Problemas de Derecho penal,* tomo I (único publicado), Madrid, Reus, 1895; *El Reformatorio de Elmira,* Madrid, "España Moderna", 1898; *Estudios de Derecho penal preventivo,* Madrid, Reus, 1901; *El Derecho penal en Iberia (Contribución al estudio de la Historia primitiva de España),* Madrid, Reus, 1901; *Asilos para bebedores,* Madrid, Hernández, 1901; *Del problema obrero,* Salamanca, 1902; *Bases para un nuevo Derecho penal,* Barcelona, Manuales Soler, 1902; *Valor social de leyes y autoridades,* Manuales Soler, 1903; *Nuevos derroteros penales,* Barcelona, Henrich y Cía., 1905; *Los peritos médicos y la justicia criminal,* Madrid, Reus, 1906; *De Criminología y Penología,* Madrid, Serra, 1906; *El Derecho y sus sacerdotes* (primera parte), Madrid, Reus, 1909; *La Psicología criminal en nuestro Derecho legislado,* Madrid, Reus, 1910; *El Derecho protector de los criminales,* mencionado en el texto.

Digitized by Google

lares —que no excluyen el necesario rigor en ciertos casos—, como la defendemos contra los enfermos peligrosos, contra los dementes, contra los incapaces en general, que son temibles para los coasociados (1). En este Derecho penal del porvenir, la obra del juez penal no debe hallar trabas que entorpezcan su labor, porque no se trata de imponer castigo, sino de ejercer una tutela protectora sobre el delincuente (educativa, correccional y curativa). "Los jueces del sistema penal preventivo —dice Dorado—, higienistas y médicos sociales, no deben tener (como tampoco las tienen los higienistas y médicos del cuerpo) leyes que sujeten forzosamente su obra...; tales jueces no deben tener otras limitaciones (como no las tienen tampoco los médicos) que las que les dicten su prudencia, su honradez y su competencia científica, que deben ser grandes (2)."

Esta concepción del Profesor de Salamanca, que se ha incluído en el anarquismo penal, parece, a muchos de los hombres de hoy, utópica e irrealizable y, sin embargo, algunos de los hondos problemas que plantea la ciencia penal moderna —como la fórmula del *estado peligroso*— acaso no puedan hallar solución correcta más que siguiendo el luminoso oriente señalado por Dorado Montero.

Su labor genial ha trascendido de nuestras fronteras. Libros tan recientes como los de Pozzolini y Borettini, en Italia, citan a nuestro penalista con justa alabanza (3).

La doctrina de Dorado ha sido expuesta y valuada después de su muerte. Sólo merece citarse el breve pero certero análisis de EUGENIO CUELLO CALÓN, *La teoria giuridico-penale di Pietro Dorado Montero,* en *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto,* año I (1921), fascículo II, págs. 93-94. JOSÉ

---

(1) Vid. mi libro *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo,* Madrid, Imp. de Pueyo, 1922, pág. 139.

(2) *Estudios de Derecho penal preventivo,* págs. 107 y 108. Estas frases se repiten en su *Derecho protector de los criminales,* que, como se ha dicho, es una segunda edición de esa obra.

(3) Véanse, en la segunda parte de este trabajo, las recensiones 19 y 23.

Digitized by Google

ANTÓN prepara sobre él un extenso trabajo, que aguardamos con prisa.

El más reciente Tratado, compuesto en España, es el del Padre JERÓNIMO MONTES, Profesor de Derecho Penal en el Colegio de Estudios Superiores de El Escorial: *Derecho penal español*. Parte general, dos volúmenes. Madrid, Samper, 1917. Por desgracia, el Padre Montes no ha escrito la Parte especial, que es urgente en España, y no parece que se halla dispuesto a completar su obra.

Es el Padre Montes uno de los más serios estudiosos que poseemos. Cualquiera que sean las diferencias que nos distancien de sus clásicas doctrinas, no se le pueden escatimar los plácemes. Sus trabajos más considerables se refieren a la historia de la ciencia penal española. Dotado de cualidades nada vulgares para la investigación, y encerrado en la rica Biblioteca escurialense, ha podido ver lograda una labor ciclópea: la de sacar a la luz los precursores españoles de la ciencia penal, que durante los siglos XVI y XVII expusieron muchas de las ideas que después presentaron los positivistas italianos (1). El padre Montes se ha ocupado luego en la pena (2) y en particular en las penas corporales (3), siendo sus últimas obras el tratado que aquí menciono y *El crimen de herejía*, que después citaré.

El *Derecho penal español* del Padre Montes, es un libro digno de la más alta estima. Su autor se afilia, sin dudas, a la escuela clásica, defendiendo el *libre albedrío* (págs. 22 y

---

(1) *Los principios del Derecho penal según los escritores españoles del siglo XVI*, Madrid, Tip. de Méndez, 1903; *Estudios fisonómicos de antiguos escritores españoles, en relación con el tipo criminal de la escuela antropológica*, Madrid, Est. tip. de Tabares, 1905; *Estudios de antiguos escritores españoles sobre los agentes del delito*, Madrid, Impr. Helénica, 1907; *Precursores de la ciencia penal en España. Estudio sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, Madrid, Suárez, 1911. En este grueso volumen es donde recoge todas las investigaciones practicadas; por eso los tres primeros trabajos son ensayos para este último, definitivo.

(2) *"De re poenali" ¿La pena debe ser corrección o escarmiento?*, 1912.

(3) *Las penas corporales*, Madrid, 1913.

Digitized by Google

siguientes del tomo I), y afirmando que la razón del derecho de penar radica en la necesidad de la *defensa jurídica* (página 87 del tomo II). En suma, combate la teoría de la *defensa social* y todas las consecuencias que de ella derivan (páginas 25 y siguientes del tomo II). El Padre Montes sostiene, pues, la tesis de la *tutela jurídica* y ve en la pena una *expiación;* pero la pena no es únicamente *retribucionista* y *expiatoria,* pues al *reprimir* las agresiones pasadas *previene* las futuras (págs. 91 y siguientes del tomo II). Mas el autor de este Tratado ha sabido la tarea que emprendía: él sostiene sus principios —con los que podemos no estar de acuerdo—, pero no deja de dar cuenta de las restantes doctrinas, por opuestas que sean a las que él profesa. El libro es breve, como lo exige su finalidad elemental, pero armónico y proporcionado. Con esmero trata las instituciones penales, y apuntados se hallan todos los problemas que se plantean en cada una de ellas. Esta obra, que parece destinarse a los que se inician en Derecho penal, será consultada con fruto por los profesionales y por los estudiosos.

Otro tratado de autor español comenzó a publicarse hace cerca de diez años: *Curso de Derecho penal,* por Isaac Rovira Carreró, Catedrático de esta rama jurídica en la Universidad de Santiago. Sólo han aparecido dos tomos: el I, destinado a la *Introducción,* Madrid, Reus, 1913; y el II, consagrado a *La ley penal,* Madrid, Reus, 1916.

Como se ve, la producción de Tratados de Derecho penal es por demás exigua en España. En realidad sólo contamos con un tratado moderno, el del padre Montes, pues el *Curso* de Rovira está no más que comenzado, y la última obra de Dorado Montero no puede catalogarse entre los Tratados. Esta ha sido la causa de que se hayan traducido entre nosotros, en esta época que estoy historiando, dos libros de gran fama en Italia y Alemania: los *Principios de Derecho penal,* de Bernardino Alímena, vertidos al castellano por Eugenio Cuello Calón, tomo I, volumen I, Madrid, Suárez, 1915; tomo I, volumen II, Madrid, Suárez, 1916; el segundo tomo le esperamos impacientes; y el *Tratado de Derecho penal,* de Franz von Liszt. Es harto sabido que esta obra se halla constituída, en alemán, por un sólo tomo: la traducción española, que única-

Digitized by Google

mente abarca la Parte general (es decir, la mitad del *Lehrbuch*), se ha dividido en tres volúmenes. Los dos últimos han sido vertidos por mí al español y de las 300 págs. traducidas en total, sólo se habían puesto 72 en castellano cuando me encargué yo de la tarea. He aquí la referencia bibliográfica: *Tratado de Derecho penal,* Madrid, Reus, volumen II, 1916; volumen III, 1917.

Esa carencia de Tratados españoles ha hecho surgir, como sustitutivo, junto a las traducciones de libros extranjeros, un género de literatura penal que ha alcanzado favor entre nosotros: NOTAS y ADICIONES a las obras traducidas. Mencionaré, como ejemplo de esta clase de trabajos, las *Notas* de EUGENIO CUELLO CALÓN a la traducción española de González del Castillo de los *Elementos de Derecho penal* de Enrique Pessina, tercera edición, Madrid, Reus, 1919. Es Eugenio Cuello —Profesor de Derecho penal en la Universidad de Barcelona— un hombre infatigable en el trabajo: espíritu cultivado y moderno, ha cumplido finamente su cometido. Su labor densa y honrada merece los más altos encomios (1). Luego he de ocuparme de estas *Notas* en una recensión (2), y en esta primera parte de mi estudio, de sus trabajos sobre menores delincuentes y de sus últimos libros sobre *Navegación aérea* y sobre *Penología.* A este género de adaptaciones de Tratados extranjeros, al lugar y a la época en que se traducen, me he dedicado yo también recientemente, publicando, en la versión española del *Programa del Curso de Derecho criminal* de Francisco Carrara, unas extensas *Adiciones* con el título de *Derecho penal moderno y español.* Parte general, volumen I. Madrid, Reus, 1922.

---

(1) He aquí algunas de las obras de Calón: *El Patronato de Ledesma* (conferencia), en *Revista penitenciaria,* tomo IV (1907), págs. 276 y sigs.; *La criminalidad anarquista,* memoria doctoral escrita en 1901. Salamanca, Impr. Católica, 1910; *La mafia. Notas sobre la criminalidad en Sicilia,* con prólogo de Bernaldo de Quirós, Madrid, Serra, s. a.; *La reforma de la Legislación penal alemana,* Madrid, Reus, 1914. Sus estudios sobre menores serán mencionados luego, así como sus últimos libros sobre *Navegación aérea y Penología,* según se anuncia en el texto.

(2) Vid. después, recensión 1.

Digitized by Google

Otro género de obras quiero mencionar aquí entre las de carácter general: son los APUNTES para oposiciones. En 1915 escribí yo los de la Judicatura, que han logrado en 1920 la segunda edición: *Derecho penal* (Obra ajustada al Programa de Oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y al Ministerio fiscal de 31 de enero de 1920), 2.ª edición, Madrid, Reus, 1920. Y un discípulo mío, JOSÉ ANTÓN, ha compuesto los del primer ejercicio de las oposiciones últimas: *Derecho penal* (Obra ajustada al Programa del primer ejercicio de las oposiciones al Cuerpo de aspirantes a la Judicatura y al Ministerio fiscal de 5 de enero de 1922), Madrid, Reus, 1922. Su autor es la más firme esperanza entre los jóvenes que entran ahora en el campo de las ciencias penales. Ninguno como él llega más henchido de condiciones y de cultura. Hijo de don Manuel Antón, profesor de Antropología, ha encontrado formada, en su propio hogar, una rica colección de obras antropológicas. Esta formación, que le viene de herencia, es del más alto valor para un penalista, en esta época en que el viejo Derecho punitivo hunde sus raíces en las ciencias antropológicas. Además, sus estudios en la Facultad de Filosofía y Letras, le dotan de otra serie de conocimientos de inestimable importancia. Reconociendo sus cualidades y dándose cuenta del gran auxilio que podía prestar en los trabajos universitarios, la Facultad de Derecho de Madrid le nombró ayudante de la cátedra de Derecho penal, donde ha sabido rendir una labor más considerable que la de muchos viejos profesores. Este pequeño libro —primicia de su espíritu (1)— será analizado luego en una nota crítica (2).

Antes de abandonar este grupo de literatura jurídicopenal, citaré dos *ediciones del texto del Código, con notas*. EMILIO LANGLE Y RUBIO —joven y estudioso penalista, Profesor auxiliar en la Universidad de Sevilla (3)— publicó una obra de

(1) Este libro es el primero de Antón que se ha publicado; pero el primer trabajo que escribió es una preciosa monografía sobre *El perdón judicial*, que luego citaré.

(2) Vid., más adelante, recensión 3.

(3) Langle lleva ya publicadas algunas obras jurídicas y literarias; citaré aquí tan sólo las que se refieren a Derecho penal: *La mujer*

Digitized by Google

este género, con apostillas doctrinales y de jurisprudencia: *Código penal de 17 de junio de 1870, reformado por las leyes dictadas posteriormente hasta el día, anotado con indicaciones doctrinales, referencias aclaratorias y Jurisprudencia del Tribunal Supremo, adicionado con disposiciones penales complementarias,* Madrid, Reus, 1915. Más reciente, pero mucho menos útil y estimable que la anterior, es la publicación de JUAN BAUTISTA CATALÁ, *Texto y jurisprudencia del Código penal, anotado con la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo a continuación de cada artículo y completado con varios apéndices e índices.* Madrid, Biblioteca jurídico-administrativa, 1921.

2. TRABAJOS HISTÓRICOS.

Carecemos todavía de una obra de conjunto sobre Historia del Derecho penal, escrita honradamente; pero algunas monografías se destacan en estos últimos años. Entre las más excelentes merecen recuerdo: la de CRISTÓBAL PELLEGERO SOTERAS, sobre *Delincuencia en Castilla (desde Fernando III el Santo hasta don Juan II). Tipos delincuentes. Factores del delito. Ensayo sobre ideas ético-jurídicas medioevales,* Zaragoza, Tip. Heraldo, s. a. (1916); y la del CONDE DE CEDILLO, sobre *Rollos y Picotas en la provincia de Toledo,* Madrid, Hauser y Menet, 1917. De este último trabajo me he ocupado extensamente en una nota bibliográfica publicada hace años (1). En mis *Trabajos del Seminario de Derecho penal,* cuya reciente publicación señalaré después, cuido con singular empeño de que mis alumnos se aficionen a los estudios histórico-penales, de que tan necesitados estamos. El primer tomo de esos *Trabajos,* que contiene los del curso de 1916-1917, acaba de ver la luz (Madrid, Reus, 1922), y en él se publican, referentes a la Historia de nuestro Derecho penal, los excelentes estu-

---

en el Derecho penal, Madrid, Reus, 1911; y *Derecho penal* (breves notas para las oposiciones al Cuerpo de Abogados del Estado), Madrid, Reus, 1912. Su *Código* queda citado en el texto, y su más reciente estudio sobre el *Adulterio* será mencionado después.

(1) Cf. *Revista de ciencias jurídicas y sociales,* año I (1918), páginas 292-294

Digitized by Google

dios de ROMÁN RIAZA, *El Derecho penal en las Partidas* (páginas 21-65); de CARMELO VIÑAS Y MEY, *La Política social y la Política criminal en las Leyes de Indias* (págs. 69-215); y de FLORENCIO PORPETA Y CLÉRIGO, *El derecho de asilo eclesiástico en España* (págs. 219-262). Citaré también el reciente trabajo de JAIME MASAVEU, *Contribución al Estudio de la Escuela penal española*, Madrid, Reus, 1922, en el que se han deslizado algunos descuidos, pero que es, en conjunto, obra aceptable; lo más flojo es lo dedicado a la Inquisición, pues apenas si se ha valido el Autor de otras fuentes que del discurso de Juderías, *La leyenda negra*. Antes de que viera la luz llevó esta tesis un retorcido título, que se conserva aún como breve nota del contenido: "Alfonso de Castro y don Manuel de Lardizábal, como jalones de partida y finalización para una historia comparativo-justificativa de las ideas penales y afines en nuestra Patria. Especial consideración del último. Estudios relacionados."

La más profunda investigación histórico-penal publicada en España, no sólo en estos últimos tiempos, sino desde muchos años ha, es el maravilloso estudio del padre JERÓNIMO MONTES, sobre *El crimen de herejía*, que citaré en otro lugar, entre las obras que tratan de los delitos religiosos.

Mención especialísima merece el esfuerzo del doctor RAFAEL SALILLAS en pro de las investigaciones histórico-penitenciarias. La figura de Salillas se destaca con vigor sin par en nuestros estudios antropológicos y penitenciarios (1). Sa-

(1) A más de los trabajos de Salillas que se citan en las páginas del texto, ha escrito los siguientes: *La vida penal en España*, Madrid, 1888; *La Antropología en el Derecho penal*, Madrid, 1888; *Las asociaciones de Patronatos de presos en España*, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, vol. LXXVII (1890), págs. 387 y sigts.; *Museo criminológico*, en *La Nueva ciencia jurídica*, vol. I (1892), páginas 98 y sigs.; *El corazón en el tatuaje*, en *La Nueva ciencia jurídica*, vol. I (1891), págs. 165 y sigs.; *Museo criminológico: El cura Merino*, en *La Nueva ciencia jurídica*, vol. I (1891), págs. 240, 276 y 321 y siguientes; y vol. II (1892), págs. 39, 143, 344 y sigs.; *Doña Concepción Arenal en la Ciencia penitenciaria*, Madrid, Suárez, 1894, págs. 3-67; *El delincuente español. El lenguaje (estudio filosófico, psicológico y sociológico), con dos vocabularios jergales*, Madrid, Suárez, 1896; *El delincuente español. Hampa (Antropología picaresca)*, Madrid, Suárez, 1896; *Los locos delincuentes en España*, en *Revista general de Legis-*

Digitized by Google

lillas fué gran amigo y admirador de Lombroso, y éste, a su vez, profesó al maestro español una estima siempre demostrada, desde cuando escribió, con motivo de los primeros artículos de Salillas, que "otro Marro había aparecido en España", hasta cuando decía, entre sus amigos y discípulos, que si él no hubiera inventado la Antropología criminal, "la hubiera creado Salillas". Don Rafael Salillas pertenece a los secuaces españoles del positivismo italiano, que en él ha tomado un certero carácter nacional, y no son oficiosidades italianas el hecho de contarle entre los de la escuela de Lombroso.

---

lación y Jurisprudencia, vol. XCIV (1899), págs. 117-142; *La teoría básica biosociológica,* Madrid, Suárez, 1901, dos volúmenes; *Trata de blancas,* discurso en el Ateneo, Madrid, Rivadeneyra, 1902; *Instrucciones para la formación de topografías criminológicas,* Madrid, 1902; *La edad y el delito en España,* en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* vol. C (1902). *Poesía rufianesca,* en *Revue Hispanique,* 1905; *Un gran inspirador de Cervantes. El Dr. Juan Huarte y su "Examen de ingenios",* Madrid, Suárez, 1905; *Consejo penitenciario,* Madrid, Arias, 1905; *La fascinación en España (Brujas, brujerías, amuletos),* Madrid, Arias, 1905; *Un gran penólogo español. El Coronel Montesinos,* Madrid, 1906; *La traslación de los presidios de Africa y la reforma penitenciaria,* Madrid, 1906; *La celda de Ferrer,* en *Revista penitenciaria,* tomo IV (1907), págs. 321 y sigs.; *El anarquismo en las prisiones,* en *Revista penitenciaria,* tomo V (1907), págs. 476-532; *El año penitenciario 1907,* en ídem, tomo V (1908), págs. 1 y sigs.; *Sentido y tendencia de las últimas reformas en Criminología,* en íd., vol. cit., págs. 577 y sigs.; *La casa como célula social,* en íd., vol. cit., págs. 613 y sigs.; *Poesía matonesca (Romances matonescos),* en *Revue Hispanique,* volumen XIX (1908), págs. 135-158; *El tatuaje en su evolución histórica, en sus diferentes caracterizaciones antiguas y actuales y en los delincuentes franceses, italianos y españoles,* Madrid, Arias, 1908; *Sentido y tendencias de las últimas reformas en Criminología,* en *Asociación para el progreso de las ciencias. Congreso de Zaragoza,* vol. V, Madrid, Arias, 1909, págs. 153-181; *Las Cortes de Cádiz. Relación acerca del estado político y social.* Madrid, 1910; *Prioridad en España de las determinantes del sistema progresivo.* Madrid, 1913; *Morral el anarquista. Orígenes de una tragedia.* Madrid, Hernando, 1914. Dirigió y redactó casi él solo la *Revista Penitenciaria,* que se publicó desde 1904 a 1908. Salillas tiene hoy totalmente compuestas y escritas varias obras inéditas, algunas de las cuales mencionaré: *Orígenes de una fortuna. Ferrer el catequista; Una causa incógnita. Condena y ejecución de los hermanos Marina; Fugas y más fugas,* etc.

Digitized by Google

Cierto que Salillas piensa que la tesis lombrosiana del tipo delincuente no se ha cumplido, y que la escuela positiva intentó en vano construír ese tipo; pero —como me decía no ha mucho el gran maestro español— eso no es más que una discrepancia que no anula las otras numerosas coincidencias: "soy positivista porque ese es el método que sigo en mi sistema; lo soy porque, salvo la del tipo delincuente, admito todas las conclusiones de la escuela italiana". "Falsean la verdad —añadió— los que quieren presentarme como enemigo de Lombroso: que vean los que me atribuyen esa enemiga la frase que estampé en el Album de homenaje, cuando el Congreso de Turín."

El doctor Salillas procura, en obras y discursos, hacer prosélitos de la investigación, y en su "Escuela de Criminología" prepara a los funcionarios del Cuerpo de Prisiones para la tarea que han de cumplir, infiltrándoles, además, el gusto por la busca del documento en nuestros olvidados archivos y bibliotecas. Dos de ellos, don José Aragonés Marín y don Angel M. Cepeda encontraron las Constituciones de la Real Asociación de Caridad, y por iniciativa de Salillas se reimprimen en 1915: *Constituciones de la Real Asociación de Caridad establecida para alivio de los pobres presos en las cárceles de Madrid con la advocación del Buen Pastor, Madrid, MDCCXCIX; en la Imprenta de la viuda de Ibarra. Con licencia.* Alcalá de Henares, Imp. y Encuadernación del Reformatorio de jóvenes, 1915.

El doctor Salillas ha emprendido la publicación de una "Biblioteca criminológica y penitenciaria", que comprende tres series enlazadas: 1.ª, las obras clásicas influyentes en nuestra cultura nacional; 2.ª, las más importantes y más prácticas obras de actualidad, traducidas al castellano, y 3.ª, las obras inéditas de autores españoles. Nos interesa ahora particularmente, por su carácter histórico, la sección primera, en la que se han reimpreso en Madrid, el año 1916: el libro de don Manuel Lardizábal y Uribe, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma,* que es, indiscutiblemente, la base de nuestra cultura criminológica y penitenciaria a fines del siglo XVIII, y que dió origen a un importante movimiento social y legislativo; y la *Noticia del es-*

Digitized by Google

tado de las cárceles en Filadelfia, escrita en francés por LA ROCHEFOUCAULD-LIANCOURT, y traducida y anotada, en 1808, por don VENTURA DE ARQUELLADA, que significa la penetración de la reforma americana en España.

El estudio histórico-penitenciario más considerable y acabado de Salillas es su reciente *Evolución penitenciaria española,* Madrid, Imp. Clásica Española, 1919, dos volúmenes, en los que la historia llega hasta la Ordenanza general de 1834. Este libro es de investigación seria y agotadora, y su autor se propone proseguir el asunto en trabajos sucesivos.

Finalmente, mencionaré el último estudio de Salillas que se ocupa en la historia de nuestra ciencia; es una interesantísima disertación en la Real Academia de Jurisprudencia, pronunciada el 17 de enero de 1920, en que se expone y destaca la vida de un pensador español injustamente olvidado: don Ramón de la Sagra. El sugestivo folleto se titula *Inspiradores de Concepción Arenal,* Madrid, Reus, 1920.

Citaré, además, entre las obras histórico-penitenciarias, la de un discípulo de Salillas, FÉLIX SEVILLA Y SOLANAS, *Historia penitenciaria española* (*La galera*). *Apuntes de Archivo,* Segovia, Tip. de "El Adelantado de Segovia", 1917, en que se expone la antigua pena de galera como embarcación, y la galera como casa de reclusión de mujeres. Sevilla prepara otras tres obras en que se continúa la historia penitenciaria española, donde hallarán su debido desarrollo los Arsenales, Presidios y Cárceles.

Recordaré, por último, el folleto de un discípulo mío, EDUARDO TRIGO Y FONT, *La reforma penitenciaria de don Manuel Montesinos y Molina,* Madrid, Imp. de Bernardo Rodríguez, 1917.

3. ESTUDIOS SOBRE ESCUELAS PENALES, ANTROPOLOGÍA Y SOCIOLOGÍA CRIMINALES O CRIMINOLOGÍA.

Una estimable OJEADA DE CONJUNTO, sobre las modernas tendencias del Derecho penal, se hallará en el reciente folleto de ENRIQUE DE BENITO, Profesor del Derecho penal en la Universidad de Valencia, *Las orientaciones modernas del Dere-*

Digitized by Google

cho penal, Valencia, Imprenta Hijo F. Vives Mora, 1922, al que dedicaré después una nota crítica (1). Enrique de Benito es, además, Autor de otras varias obras; algunas de ellas caen dentro del período que reseño y serán mencionadas más tarde (2).

Sobre ANTROPOLOGÍA CRIMINAL escribieron ANTONIO LECHA-MARZO Y ANTONIO PIGA un opúsculo titulado *Estado actual de la Antropología criminal,* Madrid, 1915 (Extracto de los *Progresos de la Clínica,* número de 25 de enero de 1915). El trabajo, que pretendía, como indica el epígrafe, ser de información moderna, no llenaba cumplidamente el propósito y era por demás tendencioso y endeble. Indebidamente aconsejado, critiqué con excesiva vehemencia la labor de Lecha-Marzo y Piga en un artículo que titulé *Antropología criminal y Política criminal,* en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* volumen CXXVI (1915), págs. 85-104. En este estudio mío debo reprocharme, a más de la pasión en él puesta, algunas injusticias con la escuela positiva italiana y un desmedido fervor a las orientaciones eclécticas de la Política criminal germánica. Los autores me hicieron el honor de responder, en otro trabajo intitulado *A propósito de un artículo sobre Antropología y Política criminal,* que apareció en la *Revista General de Legislación y jurisprudencia,* vol. CXXVI (1915), págs. 478-484, y en los *Progresos de la Clínica,* núm. 32, correspondiente al mes de agosto de 1915, págs. XLIX-LII. Por mi parte repliqué en una nota, harto despectiva, en mi libro *La Política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas,* Madrid, Suárez, 1918, págs. 12-14. El señor Lecha-Marzo ha muerto en plena juventud, y ahora deploro haber sido con él demasiado duro.

(1) Vid. más adelante recensión 5.

(2) Cito aquí tan sólo sus trabajos sobre ciencias penales: *La Criminología del "Quijote",* Zaragoza, MCMV; *La anarquía y el Derecho penal,* Oviedo, 1906; *La cátedra, el laboratorio y el museo en la enseñanza del Derecho penal,* Oviedo, 1907; *Sobre delincuencia precoz* (Ponencias al I Congreso Nacional de Educación Protectora de la Infancia Abandonada, Viciosa y Delincuente, publicadas por su comisión ejecutiva), Madrid, 1908; *Anales de Criminología de la Universidad de Oviedo* (1907-10), Oviedo, 1913. Más adelante mencionaré, por haberse publicado dentro del período en que me ocupo, sus obras sobre *Policía judicial científica, Individualización penal* y *El proceso de Guillermo II ante el Derecho penal.*

Digitized by Google

Pertenecen también a los estudios antropológicos: la tesis de FRUCTUOSO CARPENA PELLICER, *La Antropología criminal y su espíritu moderno,* Madrid, 1915 (inédita), que no es mejor que los anteriores trabajos de Carpena (1), director del Instituto Español Criminológico y maestro en autobombos y reclamos; el folleto de DOMINGO SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, *Instituto Español Criminológico. Conferencia dada en la Facultad de Derecho de la Universidad Central el 23 de abril de 1921,* Madrid, Administración de la Revista de Medicina y Cirugía Prácticas, 1916, donde el autor resume su curso de Antropología criminal en el mencionado Instituto; y la tesis de MANUEL MOIX GOMBAU, *La Antropología, el tipo delincuente y el Derecho perfeccional,* Madrid, Fortanet, 1917; el "sobresaliente" que se otorgó a esta tesis es una vergüenza, que inútilmente traté de impedir como miembro del Tribunal que la juzgó.

Entre las obras consagradas a la *Sociología criminal* citaré las siguientes, advirtiendo que casi todas ellas son incompletas y bastantes flojas, si bien se encuentran en sus páginas algunos datos interesantes: RAMÓN FERRER Y FORÉS, magistrado, *La delincuencia en España. Estudio de la Estadística penal. Influencias del delito,* 1914-1915, sin indicación de lugar ni casa editorial; aunque este trabajo es el mejor de los que menciono en este grupo, adolece de grandes vicios en la exposición y en la sistemática; A. MARTÍNEZ DEL CAMPO Y KELLER, *El problema de la delincuencia,* Madrid, Reus, 1916; AUGUSTO DEL CACHO Y FERNÁNDEZ-CADIÑANOS, *La criminalidad y sus medios de represión,* conferencia pronunciada el 3 de mayo de 1916 en la Real Academia de Jurisprudencia, Madrid, Establecimiento tip. de Jaime Ratés, 1916; y JOSÉ CIUDAD AURIOLES, Presidente del Tribunal Supremo, *El moderno criminal astuto,* conferencia en la Real Acade-

---

(1) He aquí algunas de las obras de este autor, que adolece de falta de preparación científica: *Antropología criminal,* Madrid, Fe, 1909: *El hombre criminal (estudio comparativo de una serie de cráneos),* en *Asociación española para el progreso de las Ciencias,* Congreso de Zaragoza, V, Madrid, 1902, págs. 99-105. Este estudio lo ha hecho traducir su autor al alemán, y por desgracia no es el único ejemplar español que paga la traducción de sus obras. *Los archivos criminológicos* que Carpena empezó a publicar, se mencionarán después.

Digitized by Google

mia citada, del 6 de diciembre de 1919, Madrid, Reus, 1920; este estudio, expuesto con gracejo, es bastante aceptable.

No quiero pasar en silencio una publicación oficial de orden sociológico: la *Estadística del suicidio en España, sexenio 1912-1917*, editada por la Dirección general del Instituto Geográfico y Estadístico, 1919.

También se ha meditado y escrito en España sobre tema tan sugestivo como *Socialismo y ciencia penal*. Se destaca, con justo relieve, el atrayente libro de ALVARO NAVARRO DE PALENCIA (1), *Socialismo y Derecho criminal*, Madrid, Reus, 1919. Yo mismo me he ocupado de este asunto, aunque en forma muy breve y por demás esquemática, en unas palabras dirigidas a los obreros en la Casa del Pueblo de Madrid, el 8 de abril de 1922, sobre *El factor económico en la delincuencia* (2).

4. OBRAS SOBRE LA PARTE GENERAL:

LA LEY PENAL.

El tomo II del *Curso de Derecho penal*, de ISAAC ROVIRA CARRERÓ mencionado antes (3), se destina íntegro al asunto de la *ley penal*. Aunque más antiguo y fuera de la época que historio, es muy superior a todo lo publicado el hermoso y agotador libro de PEDRO DORADO MONTERO (4).

A un sugestivo y nuevo problema de *la ley penal en el espacio*,

---

(1) Este autor se había ocupado hasta ahora, de preferencia, en asuntos penitenciarios y lleva publicados los siguientes trabajos: *Quelles mesures y a-t-il à prendre, au moment de l'expiration de la peine, pour empêcher la recidive inmediate?* Bruselas, 1898; *El Reformatorio de jóvenes delincuentes*, un tomo; *Determinantes equivocadas de nuestra organización penitenciaria*, folleto; *Educación del personal penitenciario*, folleto; *Reforma de los sistemas penal y penitenciario*, folleto; *Reclutamiento del personal penitenciario*, folleto. También ha escrito, en colaboración con Constantino BERNALDO DE QUIRÓS. *Teoría del Código penal (su examen y crítica)*, parte general, Madrid, Suárez, 1911. Su libro sobre *Las prisiones extranjeras* se menciona después.

(2) Un resumen de esta conferencia, que un día publicaré, puede verse en *El Sol* de 9 de abril de 1922, y en *El Socialista* del día 10 del mismo mes y año.

(3) Vid. atrás, pág. 10.

(4) *Problemas de Derecho penal*, vol. I, Madrid, Reus, 1895.

Digitized by Google

destina EUGENIO CUELLO CALÓN una de sus más atractivas producciones: *La navegación aérea desde el punto de vista del Derecho penal,* Barcelona, Estudio, 1915, trabajo de correcta información y bien documentado.

5. OBRAS SOBRE LA PARTE GENERAL:

EL DELITO.

En un artículo mío he tratado del SUJETO DELINCUENTE: *Los sujetos del delito,* en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales,* vol. III (1920), págs. 465-479, en el que me he ocupado de si pueden serlo las sociedades y he hecho historia de la época en que se hacía responsables a las bestias.

El hondo problema de la IMPUTABILIDAD ha sido descuidado entre nosotros. Apenas si merece mención una endeble tesis doctoral de ANTONIO LÓPEZ HERNÁNDEZ, *Vindicación del libre albedrío o libertad moral como verdadero origen de la delincuencia,* Madrid, 1915 (inédita), cuyo título indica sobradamente la clásica doctrina contenida. En dos trabajos míos he procurado desalojar del campo jurídico-penal ese viejo concepto de imputabilidad, defendiendo el criterio positivista de la PELIGROSIDAD DELINCUENTE. De modo embrionario desarrollé primero mis ideas, en una conferencia pronunciada el 27 de febrero de 1920, en la Real Academia de Jurisprudencia, sobre *El estado peligroso y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno,* que se publicó luego en un folleto, Madrid, Reus, 1920 (1). Más tarde di al tema más completo desenvolvimiento, en mi reciente libro *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo,* Madrid, Imp. de Juan Pueyo, 1922 (2), que se ha traducido al italiano y cuya traducción se halla ya en prensa, en la casa Editorial

(1) Vid., sobre ella, la nota publicada en la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* vol. CXXXVI (1920), págs. 469-470. *El Sol* del 10 de julio de 1920, en su Hoja de Derecho, hoy desaparecida, publicó unos párrafos de mi conferencia.

(2) A esta obra mía dedican unas amabilísimas frases, nunca bastante agradecidas, Gina Lombroso, en *Pagine libere,* año IX, núm. 4, abril, 1922, pág. 155; y Juan P. Ramos, en *Revista penal argentina,* volumen I (1922), págs. 37 y 38. Vid., también, las notas publicadas en *El Mundo* de 4 de abril 1922, y en *La Scuola positiva,* 1922, pág. 384.

Digitized by Google

Fratelli Bocca, de Turín. *La pericolosità. Nuova formula per trattamento penale e preventivo, con un prologo, del Prof. Enrico Ferri.* En un discurso pronunciado en el mitin celebrado por la "Liga de los derechos del hombre" en el Ateneo de Madrid, el día 29 de abril de 1922, he protestado de *las quincenas* y, sobre todo, del bárbaro abuso que de ellas hacía, el señor Millán de Priego, dando una torcida y tendenciosa interpretación a la idea del *estado peligroso* (1). También he tratado en un artículo de uno de los temas que presenta la RESPONSABILIDAD: *La responsabilidad sin culpa,* en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales,* vol. III (1920), págs. 200-210.

Sobre los problemas de la ACCIÓN Y LA OMISIÓN en el delito, existe una bien trabajada monografía de ISAÍAS S. SÁNCHEZ TEJERINA, *Teoría de los delitos de omisión. Delitos de simple omisión, delitos de comisión por omisión, delitos de omisión espiritual,* Madrid, Reus, 1918. En esta obra, a la que yo puse un extenso prólogo, se desarrollan con amplitud y seriedad los problemas de acción y de omisión, sin olvidar el interesante tema de la causalidad, y es el desenvolvimiento completo del pensamiento que expuso el autor en un artículo titulado *Ensayo de una teoría sobre los delitos de omisión,* publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* vol. CXXX (1917), págs. 145-161. El único reparo que podría ponerse a la citada monografía es haber incluído en ella los delitos culposos, bajo la equívoca técnica de "delitos de omisión espiritual", pues, en realidad escapan de la categoría de omisiones y al incluírlos en ella se rompe el fundamento lógico de la doctrina. José Antón ha hecho la crítica de esta técnica en una obra que luego reseñaré (2).

A propósito de algunas de las CAUSAS QUE EXCLUYEN O MODIFICAN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL, se han escrito en estos últimos años algunos trabajos. En el *estado de necesidad* me he ocupado yo de modo reiterado. Muy brevemente, expuse primero

(1) Este discurso, que pienso publicar, puede verse en extracto, en *El Imparcial, El Liberal, La Libertad* y *El Sol,* del día 30 de abril de 1922.

(2) Vid. adelante, recensión 3, en la segunda parte del presente estudio.

Digitized by Google

el asunto en una conferencia dada en la Cátedra del Profesor Pérez Bueno, que se ha publicado en la obra editada por dicho Catedrático, en colaboración con sus alumnos (1); con mayor amplitud trate luego el mismo tema en mis *Adiciones al cap. VIII* del *Programa* de Carrara, que antes cité (2). Invitado, en febrero de 1922, a dar unas conferencias en la Universidad vallisoletana, elegí este problema y publiqué un programa-guía con este título: *El estado de necesidad: el hambre ante las leyes penales. Esquema-resumen del "cursillo" que ha de ser pronunciado en la Universidad de Valladolid,* Madrid, Suárez, 1922 (3), que también se ha impreso en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales,* año V (1922), págs. 166-185; después traté, en una conferencia, de *El hambre en Rusia,* algunos de cuyos fragmentos se publicaron en la *Revista de comunicaciones,* el año 1922; más tarde, aprovechando los moldes de un artículo publicado en la *Revista de Criminología* de Buenos Aires —que luego mencionaré (4)—, me han editado en la Argentina una monografía intitulada *El estado de necesidad en materia penal, con especiales referencias a las legislaciones española y argentina,* Buenos Aires, Talleres gráficos de la Penitenciaria nacional, 1922 (5). Finalmente he vuelto a ocuparme en una de las fases del tema, en un estudio sobre *El hambre "como circunstancia atenuante" y el "estado de necesidad"*, que forma parte del primer volumen de mis *Trabajos del Seminario de Derecho penal,* que citaré después.

La cuestión de si el *consentimiento de la víctima* puede ser causa justificativa en ciertos homicidios, la he abordado en un folleto reciente: *La autorización para exterminar a los seres humanos desprovistos de valor vital. Observaciones a propósito de la obra de los Profesores Carlos Binding y Alfredo Ho-*

---

(1) *Las garantías jurídicas de la vida,* Madrid, Impr. de Blass y Cía., 1920, págs. 67-71.

(2) Vid. atrás, pág. 11.

(3) Cfr., sobre este folleto mío, la brevísima nota de *La Scuola positiva,* 1922, pág. 385.

(4) Vid. más adelante, II, 1.

(5) Cfr. sobre esta monografía el artículo, lleno de inmerecidas alabanzas, de Basilio Edo: *Problema jurídico. El estado de necesidad en material penal,* en *El Liberal* de 7 de diciembre de 1922.

Digitized by Google

che (separado de la REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, año IV), Madrid, Imp. de la *Revista de Archivos*, 1922 (1).

Sobre la *responsabilidad de morfinómanos, cocainómanos y eterómanos,* ha dado una conferencia, no exenta de interés, en la Academia de Jurisprudencia, ENRIQUE ZARANDIETA Y MIRABENT, *La delincuencia de la toxicomanía,* Madrid, Reus, 1921.

En lo tocante a una de las *agravantes,* la de *vagancia,* puede mencionarse la tesis doctoral de TOMÁS NEVADO Y REQUENA, *Estudio jurídico-penal sobre la vagancia y mendicidad,* Madrid, 1920 (inédita).

Por último, en un particular aspecto de la CODELINCUENCIA se ha ocupado, en otra tesis, JOSÉ CRUZ NAVARRO, *La complicidad en el orden internacional,* Valencia, Tip. Moderna, 1915, que es un trabajo estimable.

6. OBRAS SOBRE LA PARTE GENERAL:

LA SANCIÓN.

La pena y las medidas afines han atraído en España la atención de los escritores, más poderosamente que los problemas del delito; por eso las obras consagradas a ese asunto son considerablemente más numerosas que las compuestas sobre los demás temas del Derecho penal. He de seguir, para mencionarlas, un orden lógico.

La más estimable entre todas y la más moderna DE CONJUNTO, es la escrita por EUGENIO CUELLO CALÓN, *Penología. Las penas y las medidas de seguridad. Su ejecución,* Madrid, Reus, 1920; trabajo magistral, al que dedicaré luego una nota crítica (2). También quiero mencionar la bien intencionada tesis de FERNANDO CAMPUZANO Y HORMA, *La nueva Penología*

---

(1) Sobre este trabajo mío, cfr. la cariñosa recensión —que agradezco profundamente— de Santana Rodrígues, en *Archivos de Medicina legal,* de Lisboa, 1922, págs. 277-278; así como la nota de *El Mundo* del 4 de abril de 1922, y la *Crónica* de Leandro Pita Romero en *El Liberal* del 23 de noviembre de 1922.

(2) Vid. más adelante, recensión 2.

Digitized by Google

según las leyes de su desenvolvimiento histórico, Madrid, La academia gráfica, 1915.

El viejo asunto de la PENA DE MUERTE es tratado en estos últimos años con detenimiento y documentación por CONSTANTE AMOR NEVEIRO, *El problema de la pena de muerte y de sus sustitutivos legales. Sustitutivo para la represión del anarquismo,* 2.ª edición, Madrid, Reus, 1917. Amor Neveiro, que ha trabajado seriamente en las cuestiones jurídico-penales (1), es partidario del mantenimiento de la pena capital; en muchos puntos fuerza los hechos para abonar su tesis y es frecuente hallar pasajes de su obra en que la ecuanimidad está ausente. Con la extensión de este trabajo contrasta el brevísimo, pero incitante y vivo folleto de JUAN MONEVA Y PUYOL, *La pena de muerte y la hemofilia española,* Barcelona, López Llausás, impr. sin año (1922?), que en sus pocas páginas toca problemas sugestivos. Moneva cree que "aunque la pena de muerte fuese una positiva defensa social, falta ánimo de hombre para negar voto y aun entusiasmo a su abolición. La pena de muerte debe desaparecer de la Ley. Pero cuando eso suceda, solamente habrá desaparecido de la hemofilia española un sector: el más horriblemente teatral; también el más corto. Quedarán otros sectores de hemofilia, muchos y muy intensos": "hemofilia taurina", "hemofilia patriótica", "hemofilia artística", "hemofilia política" (páginas 21 y 15-19).

Algo se ha escrito también sobre PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y PENITENCIARISMO. A ello dedicó el ministro de Gracia y Justicia, JOSÉ FRANCOS RODRÍGUEZ, su *Discurso en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1921,* Madrid, Reus, 1921. El estado, nada moderno, de alguna de nuestras cárceles —la de Barcelona— ha sido descrito en Suiza por un ciudadano suizo, F. M., que estuvo

(1) He aquí una lista de sus obras: *Examen crítico de las nuevas escuelas de Derecho penal,* obra premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1899; *Del derecho de castigar, su naturaleza, su origen, su fundamento y opiniones acerca de estos puntos,* Santiago, 1901; *La ignorancia de la ley en Derecho penal romano,* Santiago, 1914. Su *Bibliografía de los estudios penales* ha sido mencionada antes (pág. 4)

Digitized by Google

preso en ella. El interesante relato lo transcribe OTTO KEHRLI, *Über spanische, französische und schweizerische Gefängnisverhältnisse. Notizien eines Untersuchungsgefangenen, en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht,* vol. XXXV (1922), págs. 198-203. Citemos también, en materia penitenciaria, el folleto de VICENTE DE MENDOZA, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valladolid, *Sobre el patronato penitenciario* (*Datos para una ponencia*), Valladolid, Cuesta, sin año (1916?). No hay entre nosotros una obra general y moderna sobre la doctrina de la mal llamada ciencia penitenciaria, y por eso hay que señalar, como un acierto, la traducción correcta y fiel, certera incluso en la elección de título, hecha por el inteligentísimo R. PÉREZ BANCES —que en otro país, en que el Derecho natural no estuviera vinculado en fósiles, sería ya Profesor de esta disciplina—, del libro breve, pero muy estimable de N. H. KRIEGSMANN, *Preceptiva penitenciaria,* Biblioteca criminológica y penitenciaria de Salillas, Madrid, 1917. Por errata de imprenta en esta versión española se ha escrito equivocadamente, por dos veces, el nombre del autor: en la cubierta dice *Criesmann,* y en la portada *Kriesmann.* Un amplio trabajo de conjunto sobre instituciones españolas, acaba de publicar FERNANDO CADALSO —en cuya labor me ocuparé en seguida—: *Instituciones penitenciarias y similares en España,* Madrid, Góngora, 1922. El título de este voluminoso libro, de 876 páginas, es paralelo al de otra obra de Cadalso sobre las "Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos".

El FRACASO DE LAS PENAS BREVES PRIVATIVAS DE LIBERTAD, ha sido objeto, fuera de España, de copiosa e interesante bibliografía. Entre nosotros no contamos más que con un trabajo, pero por fortuna es serio y documentado: E. VILA MIQUEL, *De la necesidad y medios de sustituír las penas cortas de privación de libertad,* Madrid, Imp. de Pueyo, 1917; tesis doctoral, compuesta bajo mi dirección.

Sobre la EXTINCIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS PENAS, también se ha escrito, durante estos últimos años, una loable tesis, elaborada, como la anterior, bajo mi guía: RAFAEL MONTESINOS PETIT, *La rehabilitación del delincuente, considerada en sus aspectos moral, social y legal,* Valencia, Est. tip. "La Guten-

Digitized by Google

berg", 1916, en la que el autor pone a contribución los más modernos datos de doctrina y legislación comparada.

Los varios asuntos de la INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA también se han estudiado en España. Mencionemos, en primer término, por su carácter general, el trabajo, muy digno de aprecio, de ENRIQUE DE BENITO, *Individualización penal,* Madrid, Reus, 1916. La idea rectora de todo el folleto es ésta: Si el principio de que a tal delito tal pena debe ser reemplazado por este otro: a tal delincuente tal pena, hay que variar la base del sistema de penalidad de los Códigos, que parte de una escala de delitos, para adoptar a ella una escala de penas. Hay que acudir a la antropología criminal, hay que proceder a una clasificación práctica de los delincuentes, y hay que establecer en los Códigos una escala de delincuentes, para adaptar a ella una escala de tratamientos penales.

Otros autores se ocupan de problemas particulares de esta individualización penal. Así ESTEBAN MADRUGA JIMÉNEZ compone su tesis para obtener el grado de doctor —entrando a saco en mi *Sentencia indeterminada*— sobre *El arbitrio judicial en la ciencia y legislación penales,* Madrid, Imp. Clásica Española, 1915; y JOSÉ ANTÓN ONECA escribe un trabajo admirable sobre *El perdón judicial,* que acaba de publicarse en la REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, año V (1922), páginas 5-22, 186-226 y 411-443 y que ha aparecido ahora, en forma de libro, con el mismo título, en la Biblioteca de las "Monografías del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Madrid", Madrid, Tip. de la "Rev. de Arch., Bibl. y Museos", 1922; de este trabajo me ocuparé luego en una nota crítica (1). Mas el tema preferido es el de la *libertad condicional.* El primer estudio, por el orden cronológico y por su calidad, es el precioso trabajo de FEDERICO CASTEJÓN, *Libertad condicional. Ley, Reglamentos y demás disposiciones dictadas, con un estudio preliminar,* Madrid, Reus, 1915. El autor de este sugestivo libro, Profesor de Derecho penal en Sevilla, ha publicado, además, otros trabajos, no muy numerosos, pero se-

(1) Vid., más adelante, recensión 4.

Digitized by Google

lectos (1). El "estudio preliminar" es profundo y escrito con galanura. Comprende dos partes, divididas a su vez en dos secciones: la *introducción,* donde se ilustra el problema de "qué es la liberación condicional", y se analiza la historia de "la liberación condicional en la legislación española"; y el *estudio de las legislaciones española y extranjera,* donde trata el autor de la "concesión" y del "disfrute" de la misma. Del mismo asunto se han ocupado: ANTONIO MARTÍNEZ DEL CAMPO Y KELLER, *Libertad condicional. Su fundamento, legislación y resultados,* Madrid, Reus, 1918; y FERNANDO CADALSO, *La libertad condicional, el indulto y la amnistía, con un apéndice relativo a la condena condicional,* Madrid, Impr. de Jesús López, 1921. Cadalso, que es inspector general de Prisiones y profesor de la Escuela de Criminología, ha escrito numerosas obras, en particular de materias penitenciarias (2). En este último trabajo suyo cumple el autor el encargo dado por el Ministro de Gracia y Justicia de hacer un estudio de la libertad condicional; pero como ésta "se halla íntimamente ligada con el indulto y la amnistía por la naturaleza jurídica de las dos primeras y

---

(1) *Teoría de la continuidad de los Derechos penal y civil.* Madrid. Reus, 1913; *La legislación penitenciaria española,* Madrid, Reus, 1914. Además ha traducido y prologado el libro de Prins, *La defensa social y las transformaciones del Derecho penal,* Madrid, Reus, 1912. También ha escrito Castejón un trabajo sobre Derecho civil: *Estudio de las nuevas direcciones del Derecho civil en Italia,* Madrid, Fortanet, 1911.

(2) He aquí la Bibliografía de Cadalso: *Los presidios españoles y las colonias penales,* Madrid, 1891; *Memoria de la Prisión celular de Madrid,* Madrid, 1893; *Estudios penitenciarios,* Madrid, 1893; *La pena de deportación y la colonización por penados,* Madrid, Imp. de Góngora, 1895; *Principios de la colonización y colonias penales,* Madrid, Góngora, 1896; *Tribunales juzgados y prisiones,* Madrid, 1898; *Diccionario de legislación penal, procesal y de prisiones,* Madrid, 1900 y sigs. tres tomos y un suplemento; *Colonias penales exteriores; El Anarquismo y los medios de represión; Educación del personal penitenciario; Disciplina en las prisiones; Memorias de la Prisión de Ocaña; La mujer en la historia* (conferencia); *Wáshington y los Estados Unidos,* tesis doctoral en Filosofía y Letras; *La raza latina y la anglo-sajona en la colonización de América,* tesis doctoral en Ciencias sociales; *Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos,* Madrid, Biblioteca Hispania, 1913.

Digitized by Google

política de la última", ha creído que no debía prescindir de éstas y ha comprendido a las tres en su libro. Finalmente, la forma de individualización administrativa más perfecta, *la condena indeterminada,* ha sido objeto de una aceptable tesis doctoral —que, como otras citadas, se hizo bajo mi dirección— de MANUEL VALLS HERRERA, *La sentencia indeterminada,* Madrid, 1916 (inédita), que se inspira en un libro mío anterior, consagrado al mismo asunto (1), al que dediqué también otro estudio: *La pena previamente indeterminada y las penas retenidas,* ponencia al segundo Congreso penitenciario español, celebrado en La Coruña el año 1914, en las *Actas. Sección primera. Legislación penal,* tomo II, Madrid, 1915, páginas 197-203.

Uno de los temas que más han llamado la atención entre nosotros, es el que se designa con el título de DERECHO PENAL DE LOS MENORES. Un nombre se destaca con singular relieve y sus obras son lo más serio, lo único serio me atrevería a decir, que se ha escrito en España sobre ese tema de la delincuencia y tratamiento de los niños, que tanto se presta a divagar y a lucir el ingenio retórico. El Autor a que me refiero es, naturalmente, EUGENIO CUELLO CALÓN, que ha consagrado lo mejor de su actividad al problema de la delincuencia juvenil. Abordó primero el asunto con referencia a Italia (2), más tarde en su aspecto histórico (3), luego en sus datos estadísticos (4) y, por igual época, en relación con la teoría lombrosiana (5); a su vuelta del extranjero publicó sus estudios sobre psicología de los ni-

---

(1) *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas "a posteriori"*, Madrid, Reus, 1913.

(2) *Menores delincuentes y abandonados en Italia,* en *Revista penitenciaria,* tomo I (1904), págs. 220 y sigs. y 348 y sigs.; tomo II (1905), págs. 36 y sigs.; 97 y sigs.; 169 y sigs.

(3) *La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación española,* en *Revista Penitenciaria,* tomo II, año 1905; e *Ideas de un filántropo español del siglo XVI, sobre la asistencia de los niños abandonados,* en *Revista penitenciaria,* tomo III (1906), págs. 235 y sigs.

(4) *La criminalidad infantil y juvenil en algunos países,* en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* vol. CVIII (1906).

(5) *La teoría de Lombroso sobre el crimen y la locura moral en los niños,* en *Revista penitenciaria,* tomo III (1906), págs. 500 y sigs.

Digitized by Google

ños anormales (1); puso después su contribución personal en unas excelentes notas relativas a los delincuentes jóvenes de Madrid (2), y últimamente ha publicado un sugestivo libro sobre *Tribunales para niños,* Madrid, Suárez, 1917 —al que dediqué, en 1918, una larga recensión (3)—, así como un artículo, muy interesante, sobre el Proyecto de Tribunales juveniles en Alemania, que mencionaré al enumerar los trabajos españoles sobre legislación extranjera (4). Sobre este hondo asunto de los menores delincuentes y de su tratamiento, pueden citarse, además, las obras de ENRIQUE ZARANDIETA Y MIRABENT: *La delincuencia de los menores y los Tribunales para niños,* con prólogo de Salillas, Madrid, Imprenta Clásica Española, 1916; *El "golfo" en la novela picaresca y el "golfo" en Madrid,* conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia, Madrid, Est. tip. de Jaime Ratés, 1916; *De criminalidad juvenil* (en colaboración con el doctor ANGUERA DE SOJO), Madrid, "Mundo Penal", 1917; *El menor en nuestro Derecho,* Madrid, Reus, 1920 (la parte penal comprende las págs. 9-31). Citaré, finalmente, la *Conferencia de* MANUEL CASÁS FERNÁNDEZ, en el *Primer Congreso de Abogados españoles celebrado do en San Sebastián del 1 al 9 de septiembre de 1917,* San Sebastián, Imp. de Martín Mena y C.ª, un folleto sin fecha; y la pronunciada por mí, en la Residencia de Estudiantes, la noche del 15 de noviembre de 1922, con el título de *La delincuencia infantil en España.* Las obras de AVELINO MONTERO RÍOS Y VILLEGAS, JOSÉ DE SOLANO y RAMÓN ALBÓ Y MARTÍ, sobre Tribunales para niños, se refieren más especialmente a la Ley española, que los crea y regula, y a la actuación de los mismos en la práctica, por lo que se citarán más tarde, al ocuparme en las nuevas leyes de España (5).

---

(1) *Los procedimientos experimentales para el estudio de la psicología de los niños anormales,* en *Anales* de la "Junta para ampliación de estudios e investigaciones científicas", tomo III, 1911.

(2) *Notas sobre los delincuentes jóvenes de Madrid,* en *La Lectura,* 1911, núms. 124 y 125.

(3) En *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales,* año I (1918), páginas 438-442.

(4) Vid. después, en este apartado I, núm. 8.

(5) Vid. más adelante, en este apartado I, núm. 12.

Digitized by Google

A dos MEDIDAS PREVENTIVAS, de muy distinta índole, he dedicado un folleto y un artículo, que voy a recordar para poner término a estas notas de bibliografía, sobre la lucha contra el crimen: *La recompensa como prevención general. El Derecho premial,* Madrid, Reus, 1915 (1), y *La esterilización de anormales y delincuentes incorregibles,* en REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, volumen I (1918), páginas 23-38 (2).

7. CONTRIBUCIONES A LA PARTE ESPECIAL.

La Parte especial, en que se estudian los delitos en particular, ha sido objeto de inmerecido desdén en España. Son muchos los Profesores españoles que se circunscriben, en las explicaciones de cátedra, a exponer los problemas generales del Derecho penal, sin cuidarse de enseñar a sus alumnos los preceptos del libro segundo de nuestro Código. Por ello, no contamos con un Tratado que estudie y analice los delitos. Carecemos, por desgracia, de una OBRA DE CONJUNTO SOBRE LA PARTE ESPECIAL de nuestro Derecho, pues lo que se ha publicado, o es elementalísimo, o sólo tiene el carácter provisional y apresurado de unas notas de clase. A esa primera categoria de estudio elemental, pertenece el bien intencionado librito de ISAÍAS SÁNCHEZ TEJERINA, *Lo que castiga la ley (Código penal explicado)*, Madrid, Editorial Hesperia, 1917. Este trabajo, al que dediqué, cuando fué publicado, una nota crítica (3), expone los delitos que nuestro Código castiga por orden alfábetico. Reviste el segundo aspecto —el de simples notas de cátedra— mi obra litografiada: *Estudio de los delitos en particular. Notas sobre la Parte especial del Derecho penal para uso de los estudiantes.* Volumen primero, Madrid, Suárez, 1921; el tomo segundo, con el que termina el libro, verá pronto la luz.

---

(1) Sobre este trabajo, cfr. la recensión de José Castán, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* vol. CXXVI (1915), páginas 177-180; y la nota de la *Revue Pénitentiaire,* 1917, pág. 328.

(2) Cfr. sobre este artículo, la nota publicada en *Revue Pénitentiaire,* 1919, pág. 114.

(3) En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* vol. CXXX (1917), pág. 418-420.

Digitized by Google

Tampoco son muchos los ESTUDIOS MONOGRÁFICOS que se han escrito en España sobre los delitos en particular. El DELITO DE DISPARO fué tratado, con excesiva superficialidad y desacierto, por JAIME D. ESPINA, *El delito de disparo (Estudio del art. 423 del Código penal)*, Santander, Tip. de "El Cantábrico", 1916: Yo también me he ocupado en este asunto, rebatiendo las afirmaciones del señor Espina, en mi artículo *El delito de disparo de arma de fuego*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. II (1919), págs. 200-208.

Sobre ABORTO ha escrito un discípulo mío, ANTONIO ALVAREZ GARCÍA PRIETO: *El aborto, ¿es un crimen?* en *Revista de los Tribunales*, tomo LV (1921), págs. 81-84, 105-107, 132-138, 161-163, 187-189, 204-206, 249-252. Por causas que no me son conocidas el Autor no ha proseguido su interesante tarea, en la que analiza las opiniones de los que piensan que el aborto no debe ser punible; pero me consta que está en su propósito, no sólo finalizar su estudio, sino editarlo separadamente en forma de libro.

Otro de mis mejores alumnos, LUIS SIERRA BERMEJO, ha monografiado, en un trabajo seductor, el DELITO DE CONTAGIO VENÉREO: *El delito de contagio intersexual y nutricio*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año IV (1921), págs. 224 y sig. y 486 y sigs., año V (1922), págs. 333 y sigs. (concluirá). De este estudio, tan vitalmente sugestivo, hizo el propio autor un extracto que, con igual título, se ha publicado en el primer tomo de mis *Trabajos del Seminario de Derecho penal* (págs. 343-378), a que luego aludiré. Con fecha de 1923 reeditará Sierra su monografía en un libro, y prometo, para entonces, una extensa nota crítica sobre ella.

En el delito de ADULTERIO se ha ocupado, un poco periodísticamente, MANUEL GÓNGORA ECHENIQUE, *Adulterio*, Madrid, Sociedad general de librería, 1919, y con toda seriedad científica EMILIO LANGLE Y RUBIO, *¿Debe constituir delito el adulterio?*, Madrid, Reus, 1922. Para este último folleto he escrito una nota crítica, que va en la segunda parte del presente trabajo (1).

A la CALUMNIA E INJURIA ha dedicado su tesis doctoral CAR-

(1) Vd. más adelante, recensión 6.

Digitized by Google

LOS AGUADO DEL MAZO, *Estudio de lo que son delitos conra el honor. Injuria y calumnia,* Madrid, Imp. de Marzo, 1921, cuyo principal defecto es la ausencia de originalidad, puesto que sigue, en la parte teórica, con fidelidades excesivas, las ideas y doctrinas del opúsculo reciente de Thyrén (1).

Los DELITOS POLÍTICO-SOCIALES, tema de trágica actualidad en España, han sido objeto de más numerosos trabajos. Sobre este asunto pronuncié yo una conferencia, muy discutida, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Los delitos sociales y la reforma del Código penal,* Madrid, Reus, 1921, en la que censuré, con la severidad que se merecía, el desatinado Proyecto de Piniés, de que más tarde haré mención (2). También hizo de él una crítica dura, pero serena, JUAN MONEVA Y PUYOL, en otra conferencia dada en la misma Academia, con el título de *Política de represión,* Madrid, Reus, 1921. El más reciente trabajo sobre el tema lo constituyen los sugestivos y certerísimos artículos de JUAN CHABÁS Y MARTÍ, *Delincuencia social,* en la revista *España* de 23 de septiembre, 7 y 28 de octubre de 1922, págs. 14-15, 6-7 y 7-8, respectivamente. Chabás sigue la tesis mantenida por mí, haciendo un hincapié más firme en la responsabilidad colectiva. "Así, pues —escribe—, si fué posible demostrar que las causas de un crimen residen por completo en el medio que rodea a sus autores, recayendo por completo en él toda la responsabilidad, no se podría reaccionar socialmente contra éstos y el crimen sería incastigable. Sería equiparable este caso, como Sighele afirma, a un caso de defensa legítima. Ahora bien, en la mayoría de los delitos político-sociales y, precisando más, en todos aquellos que genuinamente tienen este carácter, no cabe regatear esa influencia determinante del medio; no es, pues, ejercitable sobre sus autores una reacción penal; hay que buscar en medidas de otro orden la debida represión." Las HUELGAS REVOLUCIONARIAS de los campesinos han sido muy bien estudiadas por CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS —cuyo nombre está consagrado como autoridad en los problemas criminoló-

---

(1) Vid. **más adelante, recensión 30 *a*.**

(2) Vid. luego, en este apartado I, el núm. 12.

Digitized by Google

gicos, a los que ha dedicado buena parte de sus energías (1)—, en un pequeño libro que lleva el sugestivo título de *El esparta-quismo agrario andaluz*, Madrid, Reus, 1919.

Y, finalmente, ha tratado de la EXTRADICIÓN DE LOS DELITOS POLÍTICO-SOCIALES, EUGENIO CUELLO CALÓN, en su reciente artículo *Sobre la extradición de los delitos políticos y de los delitos sociales*, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, tomo CXL (1922), págs. 481-494, en el que combate el criterio adoptado por el Proyecto de Código penal italiano de 1921, confundiendo, a mi juicio, dos entidades tan absolutamente diferenciadas como el delito social y el crimen anarquista. Perdone el querido amigo este reparo, a que me obliga mi sinceridad.

En un SINGULARÍSIMO DELITO, que no puede decirse ni político ni común, pues de ambos aspectos participaría, de ser cierta la RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL EX EMPERADOR DE ALEMANIA, se ha ocupado, con alto acierto, ENRIQUE DE BENITO, *El proceso de Guillermo II ante el Derecho penal*, Madrid, Suárez, 1919.

LOS DELITOS ECLESIÁSTICOS han sido estudiados en España

---

(1) He aquí algunas de sus restantes obras: *Las nuevas teorías de la criminalidad*, 2.ª edición, Madrid, Reus, 1908 (la primera es de 1898), que ha sido traducida al inglés, Boston, Litle, Brown and C.ª, 1911, y al tcheco; *La mala vida en Madrid* (en colaboración con LLANAS AGUILANIEDO), Madrid, Serra, 1921, que ha sido vertida al alemán, Berlín, Marcus, s. a.; *El Alcoholismo*, Barcelona, Gili, 1903; *Alrededor del delito y de la pena*, Madrid, Serra, 1904; *Criminología de los delitos de sangre en España*, Madrid, Editorial internacional, 1906; *Vocabulario de Antropología criminal*, Madrid, Editorial internacional, 1906; *La Picota. Crímenes y castigos en el país castellano en los tiempos medios*, Madrid, Suárez, 1907; *Derecho penal*, Contestaciones al Programa para las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y Mnisterio fiscal, Madrid, Reus, 1909; *Derecho penal*, en *Derecho usual* (publicado por varios autores), Manuales "Ciencia y educación", Madrid, "La Lectura", s. a., págs. 409-487; *El doble suicidio por amor*, Madrid, Imp. de A. Marzo, 1910; *Figuras delincuentes. Con ocho reproducciones de antiguos rollos jurisdiccionales*, Madrid, Góngora, s. a.; *Teoría del Código penal. (Su examen y crítica)* (en colaboración con ALVARO NAVARRO DE PALENCIA), Parte general, Madrid, Suárez, 1911; *Bandolerismo y delincuencia subversiva en la baja Andalucía*, en *Anales* de la "Junta para ampliación de estudios", vol. IX, Madrid, 1912, págs. 5 y sigs.

Digitized by Google

con poco interés. Las obras que voy a mencionar se refieren realmente a DERECHO PENAL CANÓNICO, y sólo pueden entrar en este apartado, que se ocupa en la Bibliografía de la parte especial, forzando grandemente la sistemática; pero como son muy pocas las incluyó aquí, por no destinarlas epígrafe aparte, como hubiera sido más científico. De las escritas sobre el tema, citaré: JOSÉ BARGUÑÁ Y BOXA, *Principios fundamentales del Derecho penal canónico,* Gerona, Imp. de Llach, 1915, tesis doctoral en extremo inconsistente; JOSÉ BERNAL Y MONTERO, *El delito eclesiástico según el Codex juris canonici,* Madrid, 1919 (inédita), otra tesis para obtener el grado de Doctor, que, al contrario de la de Barguñá, es altamente estimable; y P. JERÓNIMO MONTES, *El crimen de herejía (Derecho penal canónico),* Madrid, Samper, 1919, que, como antes he dicho, es la más lograda y admirable investigación histórica que se ha hecho en España (1).

8. TRABAJOS SOBRE LEGISLACIÓN PENAL COMPARADA.

EUGENIO CUELLO CALÓN y yo hemos dedicado buena parte de nuestras energías al estudio del DERECHO PENAL EXTRANJERO, exponiendo y comentando particularmente los nuevos Proyectos de Códigos penales.

EUGENIO CUELLO se había ocupado, en 1914, del Anteproyecto alemán de 1909 (2) y, recientemente, ha proseguido sus estudios de la reforma penal alemana: *El nuevo Proyecto de Código penal alemán,* en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* vol. CXXXIX (1921), págs 385-418 y vol. CXL (1922), páginas 289-323, 385-389, y vol. CXLI (1922), págs. 289-336, dando cuenta, además, del Proyecto de ley de Tribunales para niños en Alemania, en su interesante artículo *El nuevo proyecto de ley alemán sobre Tribunales juveniles* en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* vol. CXXXVIII (1921), págs. 42 y sigs. Eugenio Cuello ha tratado también de los Proyectos de Rusia y Austria, dando noticia en España de la situación penal rusa, de cuyo asunto nada se sabía entre nosotros, y que Calón nos ha revelado con su acierto constante: *El Derecho penal en la*

(1) Vid. atrás, pág. 14.

(2) *La reforma de la Legislación penal alemana,* Madrid, Reus, 1914.

Digitized by Google

Rusia actual, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* vol. CXL (1922), págs. 35-46; y *La reforma de la legislación penal en Austria,* en Rev. cit., vol. CXL (1922), págs. 97-101.

Yo me he ocupado primero en el Anteproyecto de Código penal suizo: *El Derecho penal del porvenir. La unificación del Derecho penal en Suiza,* Madrid, Reus, 1916 (1) y *La pena de muerte en el Anteproyecto de Código penal federal suizo,* en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* tomo CXXVIII (1916), páginas 101-110; después he tratado del Anteproyecto sueco, cuya versión al castellano hice directamente de su idioma original: *El Anteproyecto de Código penal sueco de 1916. Estudio crítico, seguido del texto íntegro de la parte general del Anteproyecto, traducido directamente del sueco,* Madrid, Reus, 1917 (2); más tarde he expuesto comparativamente la historia de la formación de los Proyectos suizo, alemán, austriaco, servio, sueco, danés y argentino, así como su contenido, y los más importantes preceptos de las leyes de Norte-América, en mi obra *La Política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas,* Madrid, Suárez, 1918 (3), cuya primera edición se está agotando, por lo que preparo en la actualidad la segunda, con un carácter más amplio y bajo el más exacto título de *Las modernas direcciones del Derecho penal en las Leyes y Proyectos de Europa y América.* Recientemente, he comentado el admirable Proyecto de Enrique Ferri, en tres conferencias pronunciadas en el Ateneo Jurídico de la "Asociación oficial de estudiantes de Derecho",

---

(1) Sobre este libro mío véanse las notas críticas: de José Ramón de Orúe, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* vol. CXXX (1917), 279-281; de José Castán, en *Revista Crítica hispanoamericana,* tomo II (1916), págs. 199-200; de Cayetano Alcázar, en *Filosofía y Letras,* año II (1917), núm. 13, págs. 16 y 17; y de Hafter, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht,* vol. XXX (1917), págs. 159-159.

(2) Vid. sobre este trabajo, las notas: de Isaías Sánchez Tejerina, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* vol. CXXX (1917), págs. 139-142; y de la *Revue pénitentiaire,* 1917 y 1918, págs. 334-335 y 670.

(3) Cf. sobre esta obra mía, las recensiones de José Antón, en *Filosofía y Letras,* año III (1918), núms. 24 y 25, págs. 17 y 18; de Eugenio Cuello Calón, en *Estudio,* tomo XXIV (1918), págs. 485-486. y de XX., en *Boletín de Justicia Militar,* año XXI (1918), pág. 66-68.

Digitized by Google

que se han publicado después en un libro: *Estudio crítico del Proyecto de Código penal italiano de 1921*, Madrid, Suárez, 1922 (1). También acabo de escribir una breve nota sobre el Código de la Argentina de 1922: *El nuevo Código penal argentino*, en *Boletín del Colegio de Abogados*, año VI (1922), núm. 38, págs. 145-153.

La LEGISLACIÓN PENITENCIARIA Y LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS DEL EXTRANJERO han sido bien estudiados, en esta época que estoy reseñando, por ALVARO NAVARRO DE PALENCIA, *Las prisiones extranjeras (Francia, Bélgica e Italia)*, Madrid, Est. tip. de San Bernardo, 85, 1918.

9. ESCRITOS SOBRE POLICÍA JUDICIAL CIENTÍFICA.

Entre los trabajos escritos en España, sólo merecen mención una OBRA DE CONJUNTO y una MONOGRAFÍA. La primera es de ENRIQUE DE BENITO y se titula *Policía judicial científica*, editada por Reus, Madrid, 1915; la segunda es una bien orientada tesis doctoral, todavía inédita: JOSÉ RAMÓN DE ORÚE Y ARREGUI, *Teoría de la identificación*, Madrid, 1917. En la primera página declara Orúe el objetivo propuesto: "Escribimos esta tesis —fruto de investigaciones en la clase práctica de Derecho penal durante tres cursos— con el doble fin de que sirva de iniciación a posteriores estudios, de consulta y guía para trabajos de especialización. De manera práctica y procedimiento detallista ha sido tratado hasta ahora el asunto; nosotros discrepamos de este método, ensayando, si no un consistente sistema, al menos una jurídica dirección." La segunda edición de la obra de JESÚS LAUSEN URREA, *Dactiloscopia. Identificación por las impresiones digitales*, Madrid, Imp. de A. Pontones, 1915, es tan deficiente como la primera.

10. REVISTAS.

En las REVISTAS GENERALES DE DERECHO, que se publican en España, aparecen, con relativa frecuencia, artículos de Derecho

(1) Vid. sobre este trabajo mío: la cariñosa recensión de Juan P. Ramos, en *Revista penal argentina*, vol. I (1922), págs. 36-37, y las notas de *El Mundo*, del 4 de abril de 1922, y de *La Scuola positiva*, 1922, página 383.

Digitized by Google

penal. La antigua *Revista general de Legislación y Jurisprudencia* recogió en sus páginas estudios muy excelentes, entre los que descollaban los trabajos, siempre meditados, de DORADO MONTERO; pero ha ido decayendo poco a poco, y en la actualidad sólo el prestigioso nombre de EUGENIO CUELLO CALÓN destaca con valor positivo de entre los que escriben en ella sobre cuestiones penales. También publica, de cuando en cuando, estudios de Derecho penal la *Revista de los Tribunales* y la reciente REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, órgano del Museo-Laboratorio de la Universidad de Madrid, que dirige don RAFAEL UREÑA. En esta REVISTA han visto la luz algunos artículos de JOSÉ ANTÓN, de LUIS SIERRA y míos, que se han mencionado ya en el transcurso del presente trabajo.

Hoy carecemos de una REVISTA ESPECIAL DE CIENCIAS PENALES, si se toma la palabra Revista en su acepción más genuina. Las que se han publicado en otras épocas han tenido una existencia harto fugaz, por desgracia. *La Nueva Ciencia Jurídica*, que versó sobre Antropología y Sociología, aunque no trataba tan sólo de materia penal, se ocupó en ella de manera preferente. Vivió sólo dos años (1). La misma suerte corrieron la *Revista de Antropología Criminal*, de TALADRIZ; los *Anales del Laboratorio de Criminología* de don FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS (2); la *Revista Penitenciaria*, de SALILLAS (3), y la mediocre *Mundo Penal*.

En la actualidad, aunque no son propiamente Revistas, aparecen dos PUBLICACIONES EN SERIE de asuntos penales: los menos que medianos *Archivos criminológicos*, de FRUCTUOSO CARPENA, de los que sólo ha visto la luz un volumen sin fecha (1915?), y mis *Trabajos del Seminario de Derecho penal* (Museo laboratorio jurídico de la Universidad de Madrid), tomo I, curso 1916-1917, Madrid, Reus, 1922. Este primer volumen debió ser publicado en 1918, pero causas enteramente ajenas a mi voluntad han ido retra-

(1) Desde 1891 a 1892; dos volúmenes editados en Madrid. Se publicó bajo la dirección de J. Lázaro, y colaboraron en ella: Aramburu, Arenal (Concepción), Carnevale, Dorado Montero, Ferri, Fioretti, Lombroso, Pérez Oliva, Salillas, Silió, Tarde y Vida.

(2) Tomo I, 1899-1909, Madrid, 1900.

(3) Se publicó desde 1904 a 1908, en cinco volúmenes, editada por Arias en Madrid.

Digitized by Google

sando la publicación de estos *Trabajos*. Espero que los restantes aparezcan rápidamente y que luego podré publicar, según mi propósito, un tomo cada año. El primer volumen comprende, tras de una *Introducción* mía sobre *La enseñanza práctica del Derecho penal*, cuatro excelentes estudios de mis discípulos RIAZA, VIÑAS, PORPETA Y SIERRA, y un trabajo mío sobre *El hambre como circunstancia atenuante*, todos los cuales han sido citados ya en su lugar propio (1).

Hay una REVISTA MÉDICO-LEGAL PORTUGUESA, que casi es española por su colaboración: los *Archivos de Medicina Legal*, publicados por Azevedo Neves, en Lisboa, desde el año 1922. Figuran como colaboradores los nombres españoles de CARLOS CALLEJA, EUGENIO CUELLO CALÓN, INOCENCIO JIMÉNEZ VICENTE, RAMÓN ALVAREZ DE TOLEDO, SANTOS RUBIANO, SICILIA, TOMÁS MAESTRE y el mío.

II. CONGRESOS PENITENCIARIOS.

En España se han celebrado, hasta ahora, tres CONGRESOS PENITENCIARIOS NACIONALES. El primero en *Valencia, el año 1909;* el segundo en *La Coruña, el año 1914*, y el tercero en *Barcelona, el año 1920*. Que yo sepa, sólo se han impreso las *Actas* del habido en La Coruña: *Segundo Congreso penitenciario español celebrado en La Coruña el año 1914*, Madrid, Tejada y Martín, 1915. Tomo primero: *Homenaje a Concepción Arenal, Actas, Conclusiones aprobadas, Relaciones de congresistas.* Tomo segundo: *Sección primera. Legislación penal.* Tomo tercero: *Sección segunda. Prevención de los delitos.* Tomo cuarto: *Sección tercera. Política penal.* Del último Congreso tengo a la vista el Cuestionario, que era menos imperfecto que el de los anteriores, aunque de excesiva amplitud: *III Congreso penitenciario español. Convocatoria, Comité de honor, Comisión organizadora, Reglamento, Plan de temas, Ponentes, Boletín de adhesión*, Barcelona, 1920.

Con pocas palabras, pues más no merecen, quiero hacer la crí-

(1) Sobre este primer tomo de los *Trabajos del Seminario de Derecho penal*, que he publicado con mis alumnos, véase el amistoso artículo *Nuevos rumbos. Los Seminarios de la Ciencia jurídica*, publicado por BASILIO EDO, en *El Liberal* (de Madrid), del 7 de enero de 1923. Tanto mis discípulos como yo le enviamos las más finas gracias.

Digitized by Google

tica de estos Congresos españoles. Tanto el de Valencia como el de La Coruña y el de Barcelona, han sido lo más depurado de la inutilidad y de la ineptitud. Difícilmente se hallarán asambleas más ñoñas. Las ponencias se confiaron, en su mayor parte, a una serie de ex personajes y de "altos funcionarios", que jamás se han ocupado seriamente en cuestiones penales, y que muchas veces no sólo están ausentes de cultura técnica sino de cultura general. Los técnicos huyeron de estas farsas, y así se da el caso de que al de Barcelona sólo asistió, según creo, un solo profesor de Derecho penal, el señor JIMÉNEZ VICENTE. EUGENIO CUELLO, que se hallaba entonces en la ciudad, permaneció alejado del Congreso, a pesar de que la Sección cuarta se destinaba a "cuestiones relativas a los menores", en ninguna de las cuales figuraba como ponente, no obstante sus valiosos estudios sobre este asunto. El hecho me parece sobrado expresivo. Estos Congresos han quedado en manos de políticos, de abogados charlatanes, de canónigos y demás incompetentes. Las tendencias retrógradas imperaron en ellos, y si algún noble y recto esfuerzo apareció esporádicamente en esas indoctas reuniones, quedó ahogado por la mayoría. Fueron comedias representadas para lustre y prez de los organizadores.

12. LAS NUEVAS LEYES PENALES Y LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

Voy a ocuparme ahora aquí en la indicación de las nuevas leyes, promulgadas en España desde 1915 a 1922, en materia penal, y en la necesidad de la reforma del Código vigente, así como en los Proyectos que se han compuesto o publicado para cumplirla, dentro de estos ocho años últimos. Citaré, cuando la haya, la bibliografía sobre esos documentos legales y proyectados.

El 7 de julio de 1918 se dictó una ley conocida con el nombre de LEY EN DEFENSA DE LA NEUTRALIDAD ESPAÑOLA. En la memoria de todos está, ciertamente, la enemiga que demostró una buena parte del Congreso a esta Ley, exigida a nuestro Gobierno por los de Francia e Inglaterra. Se refería, como el nombre lo indica, a reprimir ciertos actos que pusieran en riesgo nuestra neutralidad. Terminada la guerra, esta Ley no tiene más que un simple interés histórico. Su texto puede verse en mi *Derecho penal*, segunda edición, Madrid, Reus, 1920, págs. 368-370.

LOS DELITOS EN MATERIA DE ABASTOS alcanzaron enorme im-

Digitized by Google

portancia con motivo de la "gran guerra", a consecuencia de la enorme carestía de la vida engendrada por la campaña mundial. Las leyes y disposiciones administrativas trataron en España de abaratar las subsistencias (*Ley de 11 de noviembre de 1916*) y de castigar al acaparamiento; pero en la mayoría de los casos todo se redujo a una ficción o algo peor. Uno de los primeros multados, el señor Sánchez Dalp, no llegó a cumplir la pena, y después, por dos veces —una bien reciente—, la finca del elegante acaparador ha tenido la alta distinción —compartida con Deauville, la galante playa francesa— de albergar en fiesta a una relevante personalidad española. Es esa materia de delitos de abastos el criterio de nuestra legislación ha fluctuado y variado en extremo. El acaparamiento, que fué considerado como falta de contrabando en el *Real decreto de 21 de diciembre de 1917*, pasó a ser verdadero delito, cuya penalidad podía elevarse hasta prisión correccional de seis meses a tres años, en el *Real decreto de 7 de marzo de 1919*, para volver a ser falta de contrabando por el *Real decreto de 27 de junio del mismo año*. Sobre estas disposiciones puede verse mi libro: *Estudio de los delitos en particular*, Madrid, Suárez, 1921, páginas 357-370.

Una de las más recientes disposiciones penales es la *Ley de 18 de julio de 1922*, que se refiere a CONTRABANDO, y que modifica la de 1904 en los siguientes puntos: Se *amplía la cuantía* para la existencia de delitos de contrabando hasta 250 pesetas, siendo falta los hechos constitutivos de contrabando si el valor de los objetos no excediere de dicha cantidad. A consecuencia de ello se modifican las atenuantes por razón de la cuantía, siendo atenuante si no excede de 100 pesetas el valor en caso de delito, y de 50 en caso de falta; y siendo agravante exceder de 2.000 pesetas en caso de delito, y de 75 en el de falta. En cuanto a las *penas*, dispone que si se trata de *exportación* de artículos prohibidos o que deban satisfacer derechos de exportación u otros análogos, se impondrán *las mismas penas que para el delito consumado a todos los responsables del mismo*, cualquiera que sea la calificación que por su participación les corresponda, según el Código penal.

En el caso de que exista, con falta de contrabando o defraudación, delito conexo, se divide la continencia de la causa, conociendo en todo caso las Juntas administrativas de las faltas y los Tribuna-

Digitized by Google

les de los delitos conexos. Los Tribunales y jueces del fuero común *son los únicos competentes* para conocer los delitos de contrabando y defraudación, cualquiera que sea el lugar en que se hubiesen cometido y el fuero de las personas responsables, a excepción de la competencia taxativamente marcada en la ley de Contrabando a favor de las Jurisdicciones de Guerra y Marina. Se suprime la competencia del Jurado en los delitos conexos, aunque sean de los privativamente comprendidos en su Ley, y conocerán en todo caso los Tribunales de Derecho. Las Salas de las Audiencias para conocimiento y fallo de los delitos de contrabando y defraudación se compondrán del Presidente, dos Magistrados, el Delegado de Hacienda y un comerciante o industrial. Si dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención no facilitaren los detenidos los medios de acreditar cumplidamente su personalidad, se les entregará a la autoridad judicial como presuntos autores del delito de uso de nombre supuesto, y se considerarán comprendidos en la correspondiente disposición de la ley de Enjuiciamiento criminal, para que pueda decretarse la prisión preventiva. No podrán aplicarse a éstos los beneficios de la ley de Condena condicional.

La ley más importante de las promulgadas en España, en estos últimos años, es la de TRIBUNALES PARA NIÑOS. Había habido ya tres intentos: el Proyecto de Arias de Miranda, de 28 de octubre de 1912; el de Burgos y Mazo, de 1915, y el de Alvarado, de 1917. El primero es el más deficiente; el segundo, el más estimable. Este Proyecto de 1915 había sido preparado por JOSÉ MARÍA ORTEGA MOREJÓN, JULIÁN JUDERÍAS y LEOPOLDO PALACIOS: *Comisión asesora de reforma tutelar y de acción educadora. Ponencia de la Subcomisión de "Tribunales para niños"*, Alcalá de Henares, imprenta y encuadernación del Reformatorio de jóvenes, 1915. Se seguía un buen camino con el Proyecto de 1915, pero bien pronto se abandonó. El año 1918 se presentó al Senado, por don AVELINO MONTERO RÍOS Y VILLEGAS, una proposición de ley, inspirada en los viejos moldes belgas, que tan lejos se hallan ya de las modernas concepciones norteamericanas Se aprobó, modificada, en ambas Cámaras, y el *2 de agosto* de dicho año se publicó una *ley de Bases* sobre Tribunales para niños. Por fin, el *25 de noviembre del citado año*, apareció el articulado

Digitized by Google

en un *Decreto-Ley* sobre organización y atribuciones de dichos Tribunales. Sobre esta Ley española se han escrito dos obras: la de AVELINO MONTERO RÍOS Y VILLEGAS, *Antecedentes y Comentarios a la ley de Tribunales para niños,* Madrid, Imprenta Clásica Española 1919; y la de JOSÉ DE SOLANO Y POLANCO, *Tribunales para niños y comentarios a la legislación española,* Madrid, Reus, 1920. Mi opinión, abiertamente adversa a la Ley, puede hallarse en la *Nota bibliográfica* escrita sobre el libro de Eugenio Cuello Calón, *Tribunales para niños,* que publiqué en la REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, año I (1918), páginas 440-442.

En algunas ciudades españolas han comenzado a funcionar ya estos Tribunales. El art. 1.° de la Ley ordena que sea presidente del Tribunal el Juez de primera instancia; pero faculta, en el párrafo 4.° de dicho artículo, al Ministro de Gracia y Justicia para que, a propuesta del Consejo superior de Protección a la infancia, nombre "personas extrañas a la carrera judicial para el ejercicio del cargo de Presidente y suplente del Presidente del Tribunal de niños". Los nombramientos hechos hasta ahora han recaído —salvo en un caso— en favor de personas ajenes a la Judicatura. Se hallan ya funcionando en seis ciudades españolas, que enumero con expresión de los nombres del Presidente y del que le suple: *Bilbao*: Presidente, don Gabriel María de Ibarra; ídem suplente, don Juan Ortiz y Artiñano. Funciona desde 1.° de mayo de 1920.—*Tarragona*: Presidente, el Juez de primera instancia. Funciona desde el 5 de octubre de 1920.—*Barcelona*: Presidente, don Ramón Albó y Martí; ídem suplente, don Antonio Martínez y Domingo. Funciona desde el 11 de febrero de 1921.—*Zaragoza*: Presidente, don Patricio Borobio Díaz; ídem suplente, don Inocencio Jiménez Vicente. Funciona desde el 11 de octubre de 1921.—*San Sebastián*: Presidente, don Joaquín Pavía y Berminghan; ídem suplente, don Sebastián Machimbarrena Isasi. Funciona desde el 30 de septiembre de 1922.—*Murcia*: Presidente don Emilio Díaz de Revenga y Vicente; ídem suplente, don Miguel Rebordosa Sadurní. Funciona desde el 27 de noviembre de 1922. No actúan todavía, pero ya se han nombrado los presidentes: en *Santander*: Presidente, don Luis Escalante y de la Colina; en *Vitoria*: Presidente, don Guillermo Montoya y Eguinoa; en *Cartagena*: Presidente, don

Digitized by Google

Enrique Martínez Muñoz, y en *Madrid*: Presidente, don Francisco García Molinas. Además, dentro del Consejo superior de Protección a la infancia se ha constituído una inverosímil "Comisión de apelación", que preside don Avelino Montero Ríos y Villegas.

Algunos de estos Tribunales han publicado folletos sobre su funcionamiento. Citaré la *Memoria* del de Bilbao, suscrita por su presidente, el señor IBARRA, y la editada por RAMÓN ALBÓ Y MARTÍ, *Los Tribunales para niños. El Tribunal para niños de Barcelona y su actuación en el primer semestre de funcionamiento*, con prólogo de AVELINO MONTERO RÍOS Y VILLEGAS, Barcelona, 1922.

La ley de Tribunales para niños no es buena; pero en la práctica puede que rinda aún menos frutos de los que podría dar inteligentemente ejercida. Soy pesimista en estos problemas en que la acción privada y personal es el todo. El juez de niños debe ser un filántropo, un hombre que se despoje de las vanidades mundanas y políticas. El Juez de Barcelona salta de su modesta silla de preceptor de la infancia, a la más lujosa de alto funcionario del Estado, abandonando a sus pequeños descarriados. Y en la capital de Cataluña había un hombre que no hubiera sido tan poco perseverante en la generosa tarea, el padre Pedragosa. ¿Por qué no se le nombró para la delicada misión? ¿Y por qué se nombra ahora para juez de Madrid al señor García Molinas?

Los Tribunales para niños, como todo instituto de tipo social, requieren gentes preparadas y un estado de opinión que dudo mucho que exista en España. En este país de *Roperos*, en que las damas linajudas van a lucir sus galas y a murmurar elegantemente, en vez de ocuparse de los desvalidos, las instituciones de filantropía se bastardean y transforman en escaparates, y los cargos de abnegada y penosa función, en trampolines para elevarse a más substanciosos puestos. Tenemos un pomposo "Consejo superior de Protección a la infancia", y por las calles más céntricas de Madrid es frecuente tropezar con grupos de infelices muchachos, amarrados con cuerdas por parejas, muchos de los cuales no han cumplido aún diez y seis años, custodiados por severos guardias que marchan a su lado orgullosos

Digitized by Google

de la tarea que cumplen. Yo guardo el recuerdo adolorido de esos chiquillos sin protección del Consejo encargado de ampararles, que transitan por las calles madrileñas atados como feroces asesinos. No hace mucho tiempo que el gran periodista ROBERTO CASTROVIDO, daba, en *La Voz* (1), una lista bochornosa de niños, menores de catorce años y de mayores de esta edad y menores de diez y ocho, que habían ingresado en la prisión celular de Madrid, desde el 23 al 30 de junio de 1922, por orden gubernativa del vesánico director general de Orden público don Millán Millán de Priego. El enorme delito cometido por la mayoría de estos niños, uno de los cuales sólo tenía nueve años, era el haberse subido al tope del tranvía. ¿Qué hace ese Consejo superior de *Protección* (?) a la infancia que no interviene activamente o cuyos miembros no dimiten en el acto si no se les permite actuar? A no ser por las espléndidas fotografías que publica la prensa gráfica cuando se reúnen los graves varones que le forman, no sabríamos de su existencia.

Un porvenir preñado de fracasos espera a los Tribunales infantiles en España. Un hecho sintomático se produjo cuando comenzaron a funcionar. En esos Tribunales todo debe ser sencillez familiar y ausencia de fórmulas rituales y aparatosos escenarios. Pues bien, a instancia de alguno de esos Jueces de niños y a petición del Consejo superior de Protección infantil, acordó el Ministro de Gracia y Justicia, en la Real orden de 24 de abril de 1920, que los Presidentes que sean letrados puedan usar la toga en el ejercicio de sus funciones. Los comentarios huelgan.

Cuando a fines del año 1922 se instalan en el Poder los liberales, uno de sus primeros cuidados ha sido acabar con el abuso del sistema de las quincenas, del que —según he dicho en páginas anteriores —protestamos algunos ciudadanos en los que la emoción civil subsiste aún (2). Dos Reales órdenes se han dictado: una de Gracia y Justicia, firmada por el Conde de Romanones, y otra de Gobernación, refrendada por el Duque de Almodóvar, que aparecieron en la *Gaceta* del 20 de diciembre

(1) *Las quincenas y otros desafueros,* en *La Voz* de 3 de octubre de 1922.

(2) Vid. atrás, pág. 22.

Digitized by Google

de 1922, aclarando el art. 22 de la ley Provincial. Su primordial objetivo es impedir que recaigan quincenas sobre los niños. "En ningún caso— dice el núm. 3.° de la Real orden de Gracia y Justicia— serán admitidos para su reclusión en las prisiones los menores de quince años, los cuales deberán ingresar en los establecimientos creados para cumplimiento de la ley de Tribunales para niños, o en otro establecimiento análogo, si en la localidad no existiesen los aludidos correccionales." Con más detalle aborda el asunto la Real orden de Gobernación, que dice en su núm. 3.°: "Los menores de quince años no serán en ningún caso objeto de multa ni arresto sustitutorio correspondiente. Serán entregados al tribunal especial para niños que exista en la localidad, en cumplimiento del art. 2.° de la Ley de agosto de 1918 y 3.° del Real decreto del 25 de noviembre del mismo año. Si no se hubieran aún constituído esos tribunales en el lugar en que la autoridad ejerce sus funciones, pero existieran establecimientos en que puedan ser acogidos para su corrección, se les remitirá a ellos desde luego. Caso de no existir establecimientos de corrección, será entregado el menor de quince años a su familia con encargo de vigilarle y educarle. La reincidencia se estimará como falta de la persona que se encargue de su vigilancia y educación, y se procederá en la forma que señala el párrafo tercero del caso tercero del art. 8.° del Código penal." En el núm. 4.° de esta Real orden se limita a 330 pesetas la multa gubernativa y a diez días el arresto sustitutivo para los mayores de quince años y menores de diez y ocho, cuya habitualidad no esté comprobada. Sólo cuando esa habitualidad existe podrá imponerse, a los jóvenes de la edad antedicha, la multa y el arresto de que trata el art. 22 de la ley Provincial.

Lo único bien intencionado que se ha hecho en España, sobre la delincuencia infantil, es la labor emprendida por el *Protectorado del niño delincuente*. Esta fundación fué creada el 18 de febrero de 1916, con motivo del primer aniversario de la muerte de don Francisco Giner de los Ríos. Su principal objeto era evitar la entrada de los niños en la cárcel, y sus esfuerzos se encaminaron a fundar una "Escuela de detención", adonde fuesen a parar *todos* los niños que encarcelan en Madrid, en concepto de detenidos, las entidades encargadas de la Adminis-

Digitized by Google

tración de Justicia. No logró su objeto la benemérita institución, por falta de fondos; pero sí ha conseguido, en mas modesta esfera: primero, instaurar los procedimientos de libertad vigilada y de colocación en familia, y segundo, inaugurar, el 30 de enero de 1920 la "Casa-Escuela Concepción Arenal", establecida primero en la calle de Jaén, 7 (Cuatro Caminos) y después en la de Juan de Olías, 11, en el mismo barrio. En la Casa-Escuela solo viven unos cuantos muchachos en intimidad familiar con sus profesores, apadrinados diariamente por las fundadoras y su Comisión asesora. Promovida su excarcelación encuentran en la Casa-Escuela, para una temporada que llaman de convalecencia, todos los elementos reparadores del alma y del cuerpo. Según van colocándose con rumbo fijo, ya reintegrados a la vida social, vienen a ocupar sus puestos otros libertos de la cárcel. El número es siempre muy reducido, pues el local no da para más. Sobre esta noble institución véanse los folletos que publicó en Madrid el *Protectorado del niño delincuente*: el primero en 1916; el segundo en 1919; el tercero en 1921, y el cuarto en 1922.

Voy a ocuparme ahora, brevemente, en lo PROYECTADO SOBRE LA DEROGACIÓN DE ALGUNOS PRECEPTOS DE LAS LEYES PENALES ESPAÑOLAS, en estos últimos años. La ley de 23 de marzo de 1906, conocida con el nombre de ley de Jurisdicciones, es un baldón para todo espíritu civil. Los residuos de liberalismo que quedan en España han demandado varias veces la derogación de ese ominoso documento legislativo. En estos ocho últimos años se han presentado dos *Proyectos derogatorios de esa ley de 1906* (1): uno del *año 1918;* el otro de *noviembre de 1919*. Estos proyectos son una indigna farsa. Se deroga la ley, efectivamente, pero se incorporan sus preceptos al Código penal común, al de Justicia Militar y al de la Marina de Guerra, lo cual es peor que la ley misma, porque se pierde la esperanza de verla derogada. Sobre estos proyectos, mentidamente derogatorios, he escrito en mi *Derecho penal,* 2.ª edición, Madrid, Reus, 1920, págs. 382-387. También *ha tratado de abolirse la pena de muerte,* y, en la *legislatura de 1922,* se presentó en el Congreso una proposición

(1) Hay otro más, anterior a la época que reseño: el de 1914.

Digitized by Google

abolicionista firmada por los diputados de la izquierda, que no llegó a ser discutida.

Terminaré este estudio de la moderna legislación española tratando de lo escrito y proyectado para la REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

De todas partes llegan actualmente *clamores en contra de nuestro vigente Código* y en pro de una reforma inmediata. Con fina ironía denuncia algunos de los gravísimos defectos uno de mis mejores discípulos, JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ CAÑABATE, *Ensayo de crítica práctica sobre algunos puntos del Código penal,* Madrid, Reus, 1920. Este estimable estudio —cuyo extracto publicaré en el tomo II de mis *Trabajos del Seminario de Derecho penal,* puesto que allí se compuso— recuerda, por su contenido y por el gracejo de la forma, un folleto admirable de don LUIS SILVELA (1). En el opúsculo de Garrigues se ponen de manifiesto errores del Código, como la no prescripción de la reincidencia; el absurdo sentido de la agravante de vagancia; el rigor injusto en el castigo de la expendición de billetes de banco falsos; el desuso de las penas establecidas contra los juegos de suerte, envite o azar, y de los preceptos establecidos contra el duelo; el casuismo de muchas disposiciones que puede dar lugar a graves injusticias en los hurtos y en el infanticidio; la existencia del absurdo delito de disparo de arma de fuego; la gravedad de las amenazas condicionales, que es superior a la de ciertas lesiones, por lo que resultaría preferible para el culpable haber empleado "hechos y no palabras"; la inexactitud de las definiciones de robo y hurto, que son desmentidas después por otros artículos; el castigo de ciertos hechos como estafa, cuando debieran ser simples faltas, etc.

Detrás de la crítica han surgido en España las *opiniones sobre la reforma del Código.* El presidente del Tribunal Supremo don JOSÉ CIUDAD AURIOLES, en su *Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el 16 de septiembre de*

---

(1) Lo publicó Silvela con el anagrama de *Elías Visllú,* bajo el título de *El Código penal y el sentido común,* Madrid, Fe, 1886. Para la Bibliografía sobre la reforma de nuestro Código, vid. mi *Derecho penal,* 2.ª edición, Madrid, Reus, 1920, pág. 17, nota 2.

Digitized by Google

1918, Madrid, Est. tip. Sucesores de Rivadeneyra, 1918 (1), piensa que esa reforma "ni puede ni debe ser revolucionaria", debiendo ser una "labor parcial, de corrección". En cambio EUGENIO CUELLO CALÓN, mucho más en lo cierto, aboga por una reforma más amplia y profunda en sus artículos *Sobre la reforma del Código penal*, publicados en *El Sol* de 21 de diciembre de 1918 y de 4 de enero de 1919. El señor don MARIANO ORDOÑEZ Y GARCIA, en su último *Discurso de la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1922*, Madrid, Reus, 1922, reconoce el arcaísmo y la falta de eficacia del vigente Código (págs. 11 y 12); pero halla dificultades para conseguir la reforma completa del cuerpo legal, pues el sistema de componer un Código articulado dilata la discusión y la hace morir por aburrimiento, y el sistema de ley de bases, o es idéntico al anterior cuando son extensas y detalladas, o se presta a la arbitrariedad del Poder ejecutivo que ha de desarrollarlas, si son breves y ambiguas (págs. 17-18). Por eso presenta el señor Ordóñez, como fórmula práctica, que "el Ministerio de Gracia y Justicia desechase la superstición de legislar en bloque y se aviniera a ir reformando por partes lo que requiere ser reformado" (pág. 18).

En el *terreno legislativo* se ha pensado y proyectado también la reforma de nuestro Código. Prescindiendo de los muy numerosos Proyectos existentes antes de la época en que me ocupo (2), citaré los que se han elaborado e intentado elaborar en estos ocho últimos años.

En el *otoño de 1918*, hallándose en el Poder un Gobierno de la izquierda liberal, fuí honrado con el encargo de componer un Proyecto de reforma de las leyes penales. El trabajo fué comenzado con entusiasmo y, para realizarlo, me fueron dadas todo género de facilidades por el ministro de Gracia y Justicia don JOSÉ ROIG Y BERGADÁ, a quien me es grato rendir des-

---

(1) Después se ha reproducido este discurso en la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, vol. CXXXIII (1918), págs. 161-176 y 305-322.

(2) Vid. una indicación en mi *Derecho penal*, 2.ª edición, Madrid, Reus, 1920, págs. 18 y sigs.

Digitized by Google

de aquí las más finas gracias. Pero apenas había preparado el índice de la parte general, sobrevino una crisis política que arrojó del Poder a los liberales.

En *1920*, la Comisión general de Codificación pensó en elaborar un nuevo Proyecto, y para ello reimprimió el que había compuesto en 1912: *Proyecto de reforma del Código penal*, Madrid, Reus, 1920. Este Anteproyecto del 12 tiene el grave error inicial de que afirma en la base 1.ª que "el nuevo Código tomará por base el vigente de 1870, y al efecto aceptará en su integridad la doctrina fundamental a que el mismo obedece..." Fueron sus redactores LANDEIRA Y COVIÁN, miembros de la Subcomisión de la Comisión general de Codificación, nombrada por Real orden de 15 de mayo de 1910; el primero de dichos señores fué ponente. Según se dice en la *Advertencia*, que acompaña a la reimpresión de la obra, "para llevar a término este encargo se ajustaron a las instrucciones dadas por los excelentísimos señores don José Canalejas y Mendez, presidente del Consejo de Ministros, y don Trinitario Ruiz Valarino, ministro de Gracia y Justicia. Las Bases fueron reformadas en varias sesiones, presididas por el excelentísimo señor ministro de Gracia y Justicia, don Diego Arias de Miranda, y a las que, además de los vocales de la Subcomisión, asistió el excelentísimo señor don José Aldecoa y Villasante, que tomó parte activa en los debates, prosperando en lo general sus enmiendas. Se reimprimen en 1920 las Bases y el Proyecto articulado con las modificaciones exigidas en el último, en virtud de la reforma de aquéllas, por acuerdo del excelentísimo señor Conde de Bugallal, ministro de Gracia y Justicia, adoptado a propuesta del excelentísimo señor don Antonio Maura y Montaner, presidente de la Comisión general de Codificación, a fin de tenerlo a la vista la nueva Subcomisión designada al efecto". En la esencia y en la técnica sigue este Proyecto al elaborado por don Luis Silvela, ¡como si desde 1884 hasta hoy ninguna nueva corriente hubiese abierto su cauce en el campo del Derecho penal!

Aunque no de carácter general, una reciente reforma se ha propuesto en España: *Proyecto del* SEÑOR PINIÉS, *ministro de Gracia y Justicia, leído por su autor en el Congreso el 4 de abril*

Digitized by Google

de 1921 (1). Imposible imaginar nada más absurdo y más retrógrado que este Proyecto, desde el doble punto de vista científico y técnico. Su finalidad es mostrarse parte en la lucha social —que presenta su más alta curva de gravedad en Barcelona—, castigando con rigor extremo los delitos político-sociales. El Proyecto gira apoyado en dos nuevas agravantes, que hubieran figurado en el artículo 10 con los números 24 y 25, redactadas del modo siguiente:

"24. Ejecutar el hecho, asegurar su resultado o preparar la impunidad mediante cooperación, auxilio o promesa de amparo de parte de alguna colectividad o asociación, o pertenecer el delincuente a alguna colectividad, asociación, cuadrilla o grupo que se hubiera organizado o aprovechase su organización para promover la comisión de delitos."

"25. Cometer un delito con un objeto político o social en odio o venganza contra las Autoridades, clases del Estado o particulares, o para despojarlos de sus prerrogativas o derechos".

Esta última agravante es la que constituía la espina dorsal del Proyecto, produciendo efectos singularmente graves. A diferencia de lo que ocurre con las agravantes del vigente Código, la nueva circunstancia acarreaba la imposición de la pena inmediatamente superior en gravedad, y hacía punibles las proposiciones y conspiraciones. Para estas agravantes de nuevo cuño se creaban dos penas: la suspensión del derecho de libre elección de domicilio y la vigilancia de conducta. Se introducían, además, en el Código otras reformas, recorriendo nuestro Cuerpo legal desde el art. 4.° al 621, y hurtándole todo lo que pudiese significar liberalismo. He aquí lo que se proponía en España, frente a la delincuencia evolutiva, por la misma época en que la ciencia italiana, terminando el ciclo de su desarrollo, presentaba al mundo su Proyecto de Código penal, en el que los delitos político-sociales tienen un tratamiento más benigno que el de los delitos comunes.

---

(1) Vid. *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados,* Apéndice 1.° al núm. 32. El dictamen de la "Comisión permanente de Gracia y Justicia", emitido el 13 de abril de 1921, siendo ponente el señor Martínez Acacio, puede verse en el citado *Diario.* Apéndice 19 al núm. 37.

Digitized by Google

La opinión liberal reaccionó prontamente contra ese desatinado intento de reforma. Entonces pronuncié mi discurso *Los delitos sociales y la reforma del Código penal,* antes mencionado (1), en el que ataqué al Proyecto con justa acritud, y también por entonces pronunció el suyo, tan certero, MONEVA FUYOL, *Política de represión,* a que he aludido, asimismo, en páginas anteriores (2). Las oposiciones del Congreso dejaron la obra de Piniés a extramuros de los debates, y acabó, finalmente, por quedar olvidada. Aquel mismo verano tuve el alto honor de que ENRIQUE FERRI compartiera mi criterio sobre el Proyecto de 4 de abril de 1921, y lo di a conocer en un artículo publicado en *El Liberal* de 12 de julio de 1921, con el título de *La reforma del Código penal. Una entrevista con Enrique Ferri.* Claro es que no han faltado quienes se condolieran de que ese Proyecto no fuera ya Ley. Ultimamente se lamentaba de ello el fiscal del Tribunal Supremo, don VÍCTOR COVIÁN Y JUNCO, en la *Memoria elevada al Gobierno de Su Majestad, en la solemne apertura de los Tribunales, el día 15 de septiembre de 1922,* Madrid, Reus, 1922, pág. 86.

De algunos de estos Proyectos de reforma del Código penal español, incluso del de Piniés, di cuenta al público italiano en mi artículo *La riforma penale in Ispagna.* Estratto dalla *Scuola positiva e Rivista di Dritto e procedura penale,* nuova serie, annno I, fasc. 6-7, Milán, Vallardi, 1921 (3). Este trabajo se escribió también para la *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht,* con el título de *Überblick über die Reform des Strafgsetzbuches in Spanien;* pero al tener noticia de que la Comisión de Códigos preparaba un nuevo Proyecto, lo retiré para ampliarle.

Esa Comisión codificadora se ha limitado últimamente a componer una ley de Bases. Este sistema, que tiende a facilitar los debates en las Cámaras, es una tendencia errada, porque, como decía el ministro ORDÓÑEZ en su reciente discurso (4), "o las bases son

(1) Vid. atrás., pág. 33.

(2) Vid. atrás., pág. 33

(3) Vid. la extensa recensión de este artículo mío en *Dizionario penale,* fasc. I del vol. I (1922), págs. 29-31. Emilio Zürcher acaba de dar cuenta de este trabajo mío y de otros once estudios escritos por mí, en la *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht,* vol. XXXVI (1923), páginas 130-132. Las amables frases de Zürcher, a quien tanto reverencio, me han hecho contraer con él una impagable deuda de gratitud.

(4) Vid. atrás., pág. 49.

Digitized by Google

tan concretas y detalladas que no dejen margen a la arbitrariedad de quienes hayan luego de desarrollarlas en artículos, y entonces subsisten casi todas las causas generadoras de examen detenido y discusión laboriosa, o se diluyen en tan elástica vaguedad que las Cortes ignoran realmente lo que votan, porque tras la fórmula ambigua del Proyecto caben todas las soluciones, aun las más desacordes y dispares" (pág. 18). Por eso prefiero esperar para juzgarlo a que los comisionados articulen su última reforma.

II. AMERICA DE LENGUA ESPAÑOLA

1. La producción científica en materia penal.

Argentina marcha en la vanguardia. Se trabaja allí ahora con una seriedad que hace honor a sus Profesores y a sus jóvenes alumnos. Además la formación del Código penal, que acaba de entrar en vigor, ha estimulado los entusiasmos, y en torno al Proyecto y al nuevo Cuerpo legal ha surgido una literatura densa y competente, en que luego he de ocuparme.

Obras consagradas, como la *Criminología* de José Ingenieros, alcanza la séptima edición, texto de la sexta (Buenos Aires, Talleres gráficos de L. J. Rosso y Compañía, 1919), y junto a este nombre prestigioso y al de Profesores y jurisconsultos bien conocidos en España, como Rivarola, Herrera, Moreno, aparecen otros con empuje mayor y con orientaciones más modernas. Quiero destacar algunos de singular valía.

Juan P. Ramos, Profesor de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires, merece el primer puesto, por ser el maestro de más clara y firme orientación moderna. Merece una doble alabanza: como especialista, escritor de trabajos penales, es autor de algunos estudios que le acreditan de fina y profunda cultura jurídica; como maestro, es de los hombres que ha sabido señalar una fecunda tendencia a sus discípulos. Valga, para acreditarle de técnico, su elegante trabajo, publicado en son de crítica y censura, sobre el Proyecto de 1906 —que luego mencionaré—. Sirva, para mostrar sus altas cualidades de Profesor,

Digitized by Google

el libro —a que después haré también referencia— que ha compuesto en su Seminario de Derecho penal, durante los años de 1919 y 1920, un grupo de alumnos distinguidos, bajo la sabia dirección de su maestro, en el que se analiza el Proyecto argentino de 1917, en concordancia con los Códigos y Proyectos más modernos o más representativos.

Me honra su amistad. De vez en vez me llega desde allá una carta de Ramos, siempre llena de simpatía y de meditaciones relativas a asuntos penales. En una de ellas —fechada en Buenos Aires, el 8 de mayo de 1922— me anuncia que se ha puesto a trabajar en una obra que le demandará mucho tiempo. "Quiero escribir —me dice— un Tratado de Derecho penal argentino que salga de la pura interpretación del texto legal, como hacen los mediocres que hasta hoy tenemos, y oriente los estudios penales por vías más científicas que las actuales." Es deber de Ramos dotar a su patria de un Tratado serio. Tal vez no hay otro en Argentina más preparado que él para llenar tan alta misión.

Pero a la vigorosa actividad de Ramos no le basta proyectar: precisa hacer. Por iniciativa suya, la Facultad de Derecho de Buenos Aires dictó, el 6 de septiembre de 1921, una Ordenanza creando un *Centro de Estudios penales,* del que se le ha nombrado justamente Director. Este *Centro* ha comenzado a publicar una Revista penal, que citaré después. En torno de Ramos se agrupan hoy hombres de estudio y jóvenes plenos de entusiasmos. Vayan hacia ellos nuestra admiración y nuestros cálidos votos por la prosperidad de la noble empresa.

JORGE EDUARDO COLL es otro nombre que merece mención especialísima. Es actualmente profesor en la Facultad de Derecho de Buenos Aires y forma parte del *Centro* creado por Ramos. Hasta hace muy poco ha sido agente fiscal en Buenos Aires, y fué un fiscal excepcional, un fiscal que sabía serlo, puesto que conoce las modernas corrientes de las ciencias penales. Desgraciadamente, el Gobierno le ha arrancado de sus más fieles aficiones, designándole juez de Comercio; pero no erraré prediciendo que su vocación ha de retornarle a los cargos penales. Su libro, que me entregó, con su amistad, a su paso por Madrid, es, como su persona, pulcro y distinguido. Lleva por título *La acción pública y el*

Digitized by Google

Derecho penal, y sobre la segunda edición (Buenos Aires, Rosas, 1920) haré, en la segunda parte de este trabajo, una nota bibliográfica (1). En su último estudio, que es un *Informe* sobre *La enseñanza universitaria en Europa*, Buenos Aires, 1922, se dedican algunas páginas bien orientadas a los asuntos penales.

José María Paz Anchorena es un joven doctor —también perteneciente al *Centro* que Ramos ha fundado— del que puede esperar mucho la ciencia penal. Su tesis es ya una obra maestra: *La prevención de la delincuencia*, Buenos Aires, Imprenta editorial "Coni", 1918.

Otro doctor recientemente graduado, José Peco, se presenta al público con otra tesis de singular relieve sobre la *Reforma penal argentina*, que luego enunciaré y en que he de ocuparme después más largamente (2). Pertenece, como los anteriores, al *Centro* de Ramos, donde su gran preparación y laboriosidad ha de rendir contribuciones altamente estimables.

He de citar, además, otros autores y otras recientes obras que sería injusto preterir: Eduardo J. Bullrich, *Asistencia social de menores*, tomo I, Buenos Aires, Menéndez, 1919, libro de sólida información y de certero juicio; Víctor Delfino, director del Instituto tutelar de menores de Buenos Aires, *Trabajos enviados al tercer Congreso americano del niño (Río de Janeiro, 27 de agosto, 5 de septiembre de 1922)*, Buenos Aires, Impr. de Obras de E. Spinelli, 1922 (3); Adolfo S. Carranza, *Estado de algunas cárceles de Europa*, Tucumán, Talleres gráficos de "La Gaceta" 1921; Eusebio Gómez, *La reforma penal en Italia. El Proyecto de 1921*, Buenos Aires, Jesús Menéndez, 1922, trabajo este último muy digno de encomio, puesto que en la breve introducción que precede al texto fija el autor sus ideas con fino entendimiento, aunque sus simpatías por el positivismo le lleven a exagerar sus aportes, suficientemente considera-

---

(1) Vid. adelante, recensión 10.

(2) Véase en la segunda parte de este estudio recensión 8.

(3) Delfino ha escrito también otros interesantes folletos recientes, con el título de *Puericultura intrauterina*, Buenos Aires, "La Semana Médica", Impr. de Spinelli, 1922; y *Sobre educación sexual*, Buenos Aires, "La Semana Médica", Impr. de Spinelli, 1922.

Digitized by Google

bles en la realidad, para que precisen acrecentamientos de dudosa procedencia.

Mencionaré, finalmente, el novísimo tratado de OCTAVIO GONZÁLEZ ROURA, *Derecho penal*, Buenos Aires, Abeledo, 1922, que a pesar de algunos descuidos, es un trabajo estimable, al que dedicaré más tarde una nota crítica (1).

Pasemos a las REVISTAS.

La *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina legal* alcanza ahora, en 1922, el noveno año de su publicación, dirigida por el doctor HELVIO FERNÁNDEZ. En ella se hallan interesantes contribuciones jurídico-penales y criminológicas, junto a estudios médicos. Yo me he honrado colaborando en ella con un estudio sobre *El estado de necesidad en materia penal, con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*, año VIII (1921), págs. 513-549, 641-677, y año IX (1922), págs. 3-24 y 129-156, de cuyos artículos ha nacido el libro sobre el mismo tema, que he mencionado antes (2).

Especial cita merece la *Revista Penal Argentina*, que acaba de ser creada en 1922 por RAMOS, y que publica el *Centro de estudios penales*, de Buenos Aires. Esta *Revista*, según se dice en su número primero, "nace para llenar una necesidad urgente". En Argentina apenas se publicaban y difundían los fallos de los Tribunales, y ello daba margen a criterios variadísimos, según las provincias, en la interpretación de las leyes. La *Revista Penal Argentina* "aspira a resumir en sus páginas, con las limitaciones consiguientes, lo más importante y significativo de la jurisprudencia nacional y provincial que se vaya formando en la aplicación del nuevo Código penal de 1921". La *Revista* comprende tres partes: "Una doctrinaria, otra de referencias bibliográficas y una tercera de jurisprudencia." "No tenemos tendencias determinadas —advierten los redactores—, pero creemos que hay en el mundo una corriente penal científica, a la que no puede ser extraña la República Argentina." Las tendencias de los positivistas italianos y de la Unión internacional de Derecho penal, "han creado en Europa las bases de un

(1) Vid., en la segunda parte de este trabajo, recensión 9.
(2) Vid. atrás, pág. 23.

Digitized by Google

nuevo y fecundo Derecho penal que, partiendo del concepto del *estado peligroso* del delincuente, aspira a crear el verdadero sistema preventivo-represivo del porvenir. Nuestra *Revista* se enrola dentro de esa tendencia moderna". Seis números van publicados hasta el momento en que escribo; seis admirables números pulcramente editados y plenos de interés. El primero empieza exponiendo el *Programa* que se proponen desarrollar sus redactores (págs. 5-10) y trae, en su parte doctrinal, una nota bibliográfica con el título de *Filosofía del Derecho penal,* de MARIO SÁENZ y un acabado estudio de JOSÉ PECO sobre *El homicidio-suicidio. Estudio del art. 83 del Código penal* (páginas 15-35). El segundo número publica un sugestivo artículo de JORGE EDUARDO COLL, titulado *Consideraciones sobre la responsabilidad en el Código penal argentino* (págs. 121-129); la conclusión del estudio de JOSÉ PECO (págs. 130-155), y un denso y meditado trabajo de JUAN P. RAMOS, a propósito de la *Significación del término "emoción violenta" en el homicidio* (páginas 156-164). En el número tercero trata EUSEBIO GÓMEZ de la *Prescripción de la acción de adulterio* (págs. 257-266), y EMILIANO OLIVA se ocupa en el *Estudio del art. 53 del Código penal* (págs. 267-282). En el cuarto número se halla un bien pensado trabajo de JUAN P. RAMOS, sobre *El infanticidio* (págs. 377-394), y otro muy sugestivo de ALFREDO J. MOLINARIO, que se titula *La competencia de la justicia federal en los denominados "delitos de imprenta"* (págs. 395-408). En los números quinto y sexto —que forman un solo fascículo— ven la luz un artículo de EUSEBIO GÓMEZ, referente al *Problema carcelario* (págs. 497-504); otro admirable estudio de JOSÉ PECO, sobre *El homicidio premeditado* (págs. 505-529), y un breve, pero importante trabajo, de FRANCISCO RODRÍGUEZ DEL RIESTO, que se ocupa en *El querellante en los delitos de acción pública y el nuevo Código penal de 1922* (págs. 530-537).

En URUGUAY ha escrito JOSÉ IRURETA GOYENA un volumen muy estimable sobre *Delitos de falsificación documentaria y estafa,* Montevideo, 1922.

También en CUBA son dignas de notar algunas publicaciones.

EUSEBIO ADOLFO HERNÁNDEZ ha comenzado a imprimir una obra general: *Tratado de Derecho penal,* Habana, Impr. "Avisa-

Digitized by Google

dor Comercial", 1918. El volumen publicado trata, en forma de discurso y dividido en 78 lecciones, problemas fundamentales de nuestra ciencia, en lo tocante a la introducción y al delito. Es un trabajo estimable, que acredita cultura en el autor (1).

Deseosos los cubanos de dotar a los estudiantes de una excelente obra de conjunto, han emprendido la traducción al castellano del conocido y admirado libro de FLORIÁN. Pero es lo curioso que están en publicación dos versiones, y las dos, según me dijo en Venecia el propio Florián, sin autorización del autor. Una de ellas comprende toda la parte primera del volumen primero y se ha editado, con un prólogo de JOSÉ A. DEL CUETO, bajo el siguiente título: *De los hechos punibles y de las penas en general,* traducido por FÉLIX MARTÍNEZ GIRALT y ERNESTO DIHIGO, Habana, Impr. "El siglo XX", 1919. La otra versión sólo comprende una parte de la introducción y ha sido hecha por EUSEBIO ADOLFO HERNÁNDEZ, con un estudio previo del traductor y titulada así: *Tratado de Derecho penal. De los reatos y de las penas en general,* Habana, Impr. "La Prueba", 1919. Las dos traducciones son aceptables.

Uno de los escritores cubanos que ha denotado, con sus últimos trabajos, tanta laboriosidad como inteligencia es DIEGO V. TEJERA (hijo), fiscal de la Audiencia de Matanzas, otro fiscal que, como Coll en Argentina, sabe orientarse rectamente. En la solemne apertura de los Tribunales, el año 1920, leyó un estudio certerísimo de Derecho público (2), y al siguiente año, con motivo de análoga ceremonia, escribió un estudio sobre *El rapto,* Matanzas, Impr. "Soler y Hermanos", 1921, en el que me ocuparé más tarde haciendo su crítica (3). Recientemente acaba de publicar un breve, pero estimable opúsculo, sobre un tema de Derecho privado (4).

---

(1) Aunque no se refiere a materia penal, quiero mencionar otra obra suya muy sugestiva: *Los albores del nuevo Derecho público,* Habana, 1919.

(2) *El Habeas-Corpus,* Habana, imprenta y papelería de Rambla, Bouza y Cía., 1921.

(3) Vid., en la segunda parte de este trabajo, recensión 11.

(4) *Concepto de la comunidad de bienes,* Matanzas, impr. de González, 1922.

Digitized by Google

Debe citarse también la tercera edición del atrayente libro de F. ORTIZ *La Filosofía penal de los espiritistas*, Habana, 1915.

2. EL NUEVO CÓDIGO ARGENTINO Y BIBLIOGRAFÍA EN TORNO. CÓDIGO DE COSTA RICA Y PROYECTOS DEL PERÚ, ETC.

El CÓDIGO ARGENTINO merece mención preferente. El 7 de junio de 1890 dictó el Poder Ejecutivo un Decreto nombrando una Comisión, compuesta de RODOLFO RIVAROLA, NORBERTO PIÑERO y JOSÉ NICOLÁS MATIENZO, los cuales elaboraron en un año un *Proyecto de Código penal*, presentado en junio de 1891 (1).

Abandonado este *Proyecto* —algunos de cuyos artículos se sancionaron como ley y se introdujeron en el viejo Código—, se redactó otro en 1906, por una Comisión nombrada el 19 de diciembre de 1904, de la que nuevamente formaron parte RIVAROLA y PIÑERO. Este *Proyecto* de 1906 (2) es, con pocas diferencias, una reproducción del de 1891.

El *Proyecto* duerme en la Cámara de Diputados, hasta que el doctor RODOLFO MORENO (hijo) llama la atención sobre los problemas penales. La actividad recomienza: Moreno introduce modificaciones en el *Proyecto* de 1906 y le manda imprimir, acompañado de la antigua exposición de motivos, promoviendo una encuesta para que expusieran su parecer los profesores de Derecho penal y los jueces, fiscales y defensores de toda la República. Se nombra luego una "Comisión especial de legislación penal y carcelaria", compuesta de RODOLFO MORENO (hijo), presidente; ANTONIO DE TOMASO, secretario, y CARLOS M. PRADERE, JERÓNIMO DEL BARCO y DELFOR DEL VALLE, vocales. Esta Comisión publica el *Proyecto* el 16 de julio de 1917, acompañado de una nueva exposición de motivos y de la encuesta emprendida para facilitar la reforma (3).

La Cámara de los Diputados sancionó a libro cerrado este

(1) *Proyecto de Código penal para la República Argentina*, Buenos Aires, Talleres tipográficos de la Penitenciaría nacional, 1891.

(2) *Proyecto de Código penal para la República Argentina. Redactado por la Comisión de Reformas Legislativas, constituída por el decreto del Poder Ejecutivo, de fecha 19 de diciembre de 1904*, Buenos Aires, Tip. de la cárcel de encausados, 1906.

(3) *Proyecto de Código penal para la Nación Argentina*, Buenos Aires, Talleres Gráficos de L. J. Rosso y Cía., 1917.

Digitized by Google

Proyecto, el 23 de agosto de 1917, pasando inmediatamente a la consideración del Senado, donde fué objeto de un informe por la Comisión de Códigos, fechado el 26 de septiembre de 1919 y suscrito por J. V. González, E. del Valle Iberlucea y P. A. Garro (1), y de una nueva redacción, en la que se introdujeron algunas modificaciones, que no afectan al fondo ni a ninguno de los criterios dirigentes (2). El 28 de septiembre de 1920 fué aprobado en el Senado el *Proyecto* de un modo general, siéndolo en particular en las sesiones de 31 de agosto y 1.° de septiembre de 1921. Pero no sólo aceptó el Senado las modificaciones de la Comisión de Códigos, contenidas en el informe de 1919, sino que se introdujeros otras varias, alguna tan considerable como el mantenimiento de la pena de muerte (3). La Cámara de Diputados admitió la mayor parte de las enmiendas del Senado y rechazó las demás, insistiendo principalmente en la supresión de la última pena. El Senado mantuvo su criterio; pero una nueva insistencia de los diputados dejó la ley sancionada conforme a sus reformas. El Código se promulgó el 29 de octubre de 1921, con el número 11.179, y ha comenzado a regir el 29 de abril de 1922 (4). La Cámara de Diputados ha sancionado, el 27 de septiembre del mismo año, una "Fe de erratas" del nuevo Código penal, que es todavía incom-

---

(1) *El proyecto de Código penal en el Senado. Informe de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación*, en *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina legal*, año VII (1920), págs. 29-101.

(2) *Proyecto de Código penal (con las modificaciones introducidas por la Comisión de Códigos del Senado nacional)*, en *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina legal*, año VII (1920), págs. 186-235.

(3) Vid. el grueso volumen *La reforma penal en el Senado*, Buenos Aires, L. J. Rosso y Cía., 1919.

(4) *Código penal de la Nación Argentina. Ley núm. 11.179. Edición oficial*, Buenos Aires, Talleres gráficos de L. J. Rosso y Cía., 1922.—Esta edición oficial comprende: 1.° El texto del nuevo Código. 2.° Exposición de motivos de la Comisión especial de legislación penal y carcelaria de la H. Cámara de Diputados. 3.° Informe y despacho de la Comisión de Códigos de la H. Cámara de Senadores. 4.° Proyecto de Código penal del Poder Ejecutivo (el de 1906). 5.° Proyecto de Despacho de las Comisiones de Códigos y de Justicia Militar de la H. Cámara de Senadores. Redactado por el ex senador Angel Rojas (septiembre de 1918); y 6.° Informe de la Comisión especial de Legislación penal de la H. Cámara de Diputados (9 de septiembre de 1921).

Digitized by Google

pleta, pues no salva todos los descuidos de detalle en que se ha incurrido. Hay una excelente edición del Código en que se han subsanado, al pie de cada página, los errores de la edición oficial: *Ediciones manuales de los Códigos argentinos. Código penal de la Nación Argentina (ley 11.179). Reproducción literal de la edición oficial, con anotaciones de los errores de ésta, según la sanción legislativa,* Buenos Aires "Coni", 1922.

En torno a los Proyectos y al Código se ha formado *literatura,* no muy nutrida, pero selecta. JULIO HERRERA hizo un estudio del *Proyecto* de 1906 en su elegante escrito *La reforma penal,* Buenos Aires, librería de Mayo, 1911, y JUAN P. RAMOS dió una nota justiciera, por la severidad de la censura, en su fino trabajo *La codificación penal argentina. El Proyecto de 1906 ante las nuevas tendencias del Derecho penal en formación,* Buenos Aires, Talleres gráficos del Ministerio de Agricultura, 1917. RODOLFO MORENO (hijo) publicó, a modo de trabajo preparatorio del Proyecto de 1917, un artículo titulado *Fundamentos de un Proyecto de Código penal,* en *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina legal,* año III (1916), páginas 440-462. Impreso ya este último *Proyecto,* hizo su defensa OCTAVIO GONZÁLEZ ROURA, en *Revista Argentina de Ciencias Políticas,* de mayo de 1918; su disección implacable, pero no exagerada, JOSÉ PECO, *La reforma penal argentina de 1917-1920,* Buenos Aires, Abeledo, 1921; y su exposición concordada con los más recientes o importantes Códigos y Proyectos, JUAN P. RAMOS y sus discípulos MAGNANINI, MORIXE, LEVENE, JACOBÉ y JACOBACCI, en un admirable estudio que lleva por título *Concordancias del Proyecto de Código penal de 1917,* vol. I, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias sociales, 1921. De estas dos últimas obras me ocuparé luego en sendas recensiones (1). Sobre el Código recientemente promulgado está ya surgiendo literatura, y ciertos estudios, en que se analizan algunos de sus preceptos, merecen franco encomio, en particular los artículos que publica la *Revista Penal Argentina,* de nueva creación, a que antes me he referido (2). ARTURO ORGAZ, ha impreso un sugestivo folleto, *Paráfrasis del libro primero del Código penal,*

(1) Vid. más adelante, recensiones 7 y 8.
(2) Vid. atrás, págs. 56-57.

Digitized by Google

Córdoba, Imprenta Argentina Rossi, 1922, y el Profesor TOMÁS JOFRÉ ha dado a la estampa un volumen intitulado *El Código penal de 1922. Concordancias, bibliografía, jurisprudencia, comentarios*, Buenos Aires, Abeledo, 1922. Esta obra no es una simple edición del Código: cada artículo va acompañado de un breve comentario que lo explica, casi siempre con tino (1). A pesar de la juventud del nuevo Código, ya existe un tratado construído sobre él: el libro de OCTAVIO GONZÁLEZ ROURA, antes mencionado (2). Para el estudio del Código argentino de 1922, es indispensable la consulta de la extensa obra de RODOLFO MORENO (hijo), *El Código penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, Tommasi, que constará de siete volúmenes, de los que hay publicados cuatro, el primero y segundo en 1922, y el tercero y cuarto en 1923 (3).

La sinceridad científica me fuerza a declarar que la Argentina, país pujante y joven, presto por sus energías a todas las audacias, merecía otro Código más avanzado, más moderno. Dije ya, refiriéndome a los proyectos de 1906 y 1917, que sólo contenían algunos preceptos esporádicos, inspirados en las modernas tendencias del Derecho penal (4); y he repetido luego, que "el Proyecto argentino de 1917 no se inspira sino en una mínima parte en los modernos criterios defensistas y político-criminales. Sólo se encuentra una tímida especie de medida asegurativa referente a los enfermos mentales, una relegación o deportación indeterminada, mas certera, contra los delincuentes habituales, y un sistema protector de menores, que es lo único digno de alabanzas. Este es el hecho, contra el cual nada vale que el Informe de la Comisión de Códigos del Senado de la nación, de 26 de septiembre de 1919..., afirme que el Proyecto ha abandonado el criterio clásico de la responsabilidad, y que, en cambio, se inspira en las teorías más modernas y científicas, que toman en cuenta, a los efectos de la impu-

(1) Tomás Jofré es autor también de un excelente *Manual de procedimiento criminal*, Buenos Aires, Selín Suárez, 1914.

(2) Vid. atrás, pág. 56, y recensión 9.

(3) Como la fecha de los dos últimos tomos y la de los que faltan, hace salir esta obra de la época que me he propuesto investigar, me ocuparé de ellos en una amplia recensión en el volumen II de esta *Bibliografía*, que aparecerá dentro de dos años.

(4) Vid. mi *Política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*, Madrid, Suárez, 1918, pág. 72.

Digitized by Google

tabilidad, la "temibilidad", o la "peligrosidad de los delincuentes". Las reducidas y parciales modificaciones introducidas en el texto del Proyecto de 1917 por la citada Comisión del Senado de 1919, nada significan en lo tocante a la acogida de la doctrina del estado peligroso" (1). Lo dicho sobre los Proyectos lo mantengo frente al Código. La Universidad de Buenos Aires me ha hecho objeto de una distinción tan honrosísima, que no hallo medio de expresar mi reconocimiento: he sido invitado para "dictar un curso" de doce conferencias, en mayo de 1923, sobre el siguiente tema: *El nuevo Código argentino ante las modernas direcciones del Derecho penal*. Entonces tendré buena ocasión de exponer mi pensamiento con el debido desarrollo (2).

No quiero pasar sin mención el *Proyecto de Código de procedimiento en materia penal, para la provincia de Córdoba,* preparado por ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ, y que fué elevado a la legislatura por el Mensaje del Poder ejecutivo de 21 de mayo de 1918. Interesa, para conocerle a fondo, la obra escrita con ese título por su autor, y publicada en Córdoba, Bautista Cuelas, en 1920.

Una ley argentina moderna, de singular relieve, es la de *Patronato de menores, de 21 de octubre de 1919,* que establece, de hecho, los *Tribunales infantiles* en sus artículos 14 y siguientes. Estos Tribunales acaban de ser organizados en la capital federal, por la Cámara de Apelaciones en lo criminal y correccional, de acuerdo con la citada Ley, que lleva el número 10.903. Véase el interesante libro *Los Tribunales de menores en la República Argentina*. Publicación oficial. Buenos Aires, L. J. Rosso y Compañía, 1922.

También existen en Argentina *Proyectos sobre asuntos penitenciarios,* entre los que merecen singular mención: el de G. DEL

---

(1) Vid. mi libro *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo,* Madrid, Impr. de Pueyo, 1922, págs. 103-104.

(2) Estas conferencias mías han sido ya anunciadas, con encomios, muy agradecidos, pero que positivamente no merezco, en el *Informe* de JORGE EDUARDO COLL, *La enseñanza universitaria en Europa,* Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1922, págs. 13-16, 25, 28 y 29. El programa de mi curso, que Coll transcribe, ha sido modificado a petición de la Universidad bonaerense, ampliando su número a doce, y siendo su contenido preferentemente orientado a desarrollar los problemás más agudos y complejos del nuevo Código argentino.

Digitized by Google

BARCO, de *18 de septiembre de 1916*, despachado por la Comisión en el mismo mes del siguiente año; el del Poder Ejecutivo, de *30 de julio de 1919*; el de CARACOCHE, de *29 de septiembre de 1921*; el de RODOLFO MORENO, de *7 de julio de 1922*, y los de OCTAVIO GONZÁLEZ ROURA, de *octubre 1919, compuestos* por encargo del Gobierno de la Provincia de Corrientes. Para los Proyectos de RODOLFO MORENO (hijo), debe consultarse la obra publicada por él mismo, con el título de *Legislación penal y carcelaria*, Buenos Aires, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1922.

Citaré también, por haber sido publicado dentro de estos ocho últimos años, el CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA, promulgado el 29 de noviembre de 1918, y que entró en vigor el 11 de abril de 1919 (1). El Proyecto fué compuesto en 1910, por JOSÉ ASTÚA AGUILAR (2).

Merece asimismo mención el PROYECTO PERUANO de 1916, debido a MAURTUA, Profesor de la Universidad de Lima, discutido y aceptado ya por la Comisión general parlamentaria. Puede verse sobre él, FRANCISCO PÉREZ BORJA, *Un Proyecto de Código penal*, en *Revista de la "Sociedad Jurídico-Literaria"*, de Quito, Ecuador, tomo XXII, enero-mayo 1919, números 68, 69 y 70, páginas 45-63. Aunque este Proyecto es, en su técnica general, muy inferior al argentino, y ni siquiera llega al mejicano en el asunto de medidas de seguridad, es más conocido que éstos en el extranjero, donde se le han dedicado algunos trabajos (3), debido, sin duda, a que su autor lo llevó a Francia y se declaró secuaz de los franceses en su vetusta *Société général des Prisons*.

---

(1) San José, Imprenta Nacional, 1919.

(2) *Proyecto de Código penal, redactado en virtud de encargo del Supremo Gobierno*, San José de Costa Rica, 1910.

(3) Vid.: M. Laborde-Lacoste, *Les théories générales du Droit pénal dans le Projet du Code péruvien*, y René Roger, *De la partie espéciale du Projet du Code pénal péruvien*, en *Revue pénitentiaire*, 1919. págs. 247, y sigs. y 256 y sigs.; vid. también, *Revue pénitentiaire*, 1919, págs. 213-246 y 1920, págs. 2-16; Raoul Alberto Frosali, *Un progetto di Codice penale per la Republica del Perù*, en *La Scuola positiva*, 1919, págs. 311-316; Camilo Bianchedi, *Cenni sul Progetto di Codice penale peruviano*, en *Rivista di Diritto e Procedura penale*, 1920, págs. 173 y sigs., y en *La Scuola positiva e Rivista di Diritto e Procedura penale*, nueva serie, año II (1922), págs. 55-76.

Digitized by Google

El Proyecto cubano de 1908 (1) y el Proyecto mejicano, terminado el 11 de junio de 1912 y publicado en 1914 (2), salen fuera de la época que me he propuesto reseñar. Baste, pues, su recuerdo.

III. ALEMANIA Y AUSTRIA

1. Recientes tratados, obras generales, etc.

Ante todo he de rendir tributo a los dos más grandes maestros alemanes, representantes respectivos de las dos opuestas tendencias, que han muerto recientemente: Carlos Binding y Franz von Liszt.

Binding murió a los setenta y ocho años, el día 7 de abril de 1920 (3), después de haber sido profesor de Derecho penal en las Universidades de Friburgo y Leipzig. Al morir Binding desaparece en Alemania el único defensor espiritual del clasicismo, y, muerto también Birkmeyer, apenas si quedan más que dos o tres discípulos de ambos —Nagler, Augusto Köhler, etc.— como representantes del tradicionalismo penal, que no pueden llenar el vacío dejado por el gran maestro alemán. Binding es autor de numerosas y excelentes obras, entre las que descuellan: su fa-

---

(1) *Código penal para la República de Cuba. Proyecto de su libro primero por la Comisión nombrada en decreto del señor Gobernador provisional, de enero 6 de 1908*, Habana, Impr. Rambla y Bouza, 1908; *Código penal para la República de Cuba. Proyecto de su libro segundo hasta el artículo 384, por la Comisión...*, etc., Habana, Impr. cit., 1910. Una nota extensa sobre los autores, orientación y contenido de este proyecto, puede verse en mi *Política criminal*, ya cit., págs. 68-69.

(2) *Trabajos de revisión del Código penal. Proyecto de reformas y exposición de motivos*, México, Tip. de la Oficina impresora de estampillas; cuatro tomos, publicados los dos primeros en 1912, el tercero en 1913 y el cuarto en 1914. En este último es donde se halla la redacción del Proyecto y la exposición de motivos. Una breve crítica puede encontrarse en mi obra *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, Impr. de Pueyo, 1922, pág. 105.

(3) Véase su necrología, hecha por Baumgarten, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. XXXIII (1920), págs. 187-190.

Digitized by Google

moso *Grundriss des Deutschen Strafrechts* (Compendio de Derecho penal), Leipzig, Meiner, 1913, Parte general, que ha alcanzado la octava edición, sobre la que se prepara, por ADELMO BORETTINI, la traducción italiana, que muy pronto verá la luz; su *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil* (Tratado de Derecho penal, Parte especial), segunda edición, Leipzig, Engelmann, vol. I, 1902 y vol. II, parte primera, 1904; y, sobre todo, su obra magistral: "Las Normas".

Esta última es la labor capital de Binding, aquella en que puso toda la fuerza y pasión de su personalidad original, y que llenó su existencia toda, ya que, comenzada en 1872, acaba en 1920, el mismo año en que terminó la vida de su autor. *Las Normas* es una de las obras más densas y originales, tan poco leída como abundantemente citada en España. El título general de los cuatro tomos que comprende es *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts* (Las normas y su transgresión. Una investigación sobre la acción conforme a Derecho y las clases de delito). El volumen primero trata de las *Normen und Strafgesetze* (Normas y Leyes penales), 3.ª edición, Leipzig, Meiner, 1916; el segundo comprende dos partes, impresas en tomos distintos: *Schuld. Vorsatz* (Culpabilidad, Dolo); Erste Hälfte: *Zurechnungsfähigkeit. Schuld* (Imputabilidad, Culpabilidad), 2.ª edición, Leipzig, Meiner, 1914; Zweite Hälfte: *Der rechtswidrige Vorsatz* (La intención antijurídica), 2.ª edición, Leipzig, Meiner, 1916; el tercer volumen trata de *Der Irrtum* (El error), Leipzig, Meiner, 1918; y el cuarto, de *Die Fahrlässigkeit* (La culpa), Leipzig, Meiner, 1919. De este último tomo me ocuparé más tarde en una recensión (1).

Los últimos años de la vida de Binding fueron muy laboriosos. Como si presintiera la muerte, se apresuraba a dar fin a sus trabajos y a reunir algunos estudios dispersos, como los que había publicado sobre Derecho penal y procesal, que coleccionó en 1915, bajo el título de *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen* (Trabajos jurídico-penales y procesal-pena-

(1) Vid., adelante, recensión 12.

Digitized by Google

les); y los que había escrito sobre Derecho público desde 1848 hasta la Constitución de 1919 (1).

La grande extensión de "Las Normas" impedía su lectura a muchos profesionales de la carrera judicial y del foro, y para poner sus pensamientos al alcance de todos, imprimió Binding un pequeño libro, que no es un resumen de sus *Normas*, pero que está elaborado con las mismas ideas: *Die Schuld im deutschen Strafrecht. Vorsatz. Irrtum. Fahrlässigkeit. Kurzes Lehrbuch* (La culpabilidad en Derecho penal alemán. Dolo. Error. Culpa. Tratado breve), Leipzig, Félix Meiner, 1919. De este opúsculo haré después una breve nota (2). El último trabajo de Binding es el sugestivo y discutidísimo folleto, en colaboración con ALFREDO HOCHE, sobre *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Mass und ihre Form* (La autorización para exterminar la vida sin valor vital. Sus límites y su forma), Leipzig, Félix Meiner, 1920. De este trabajo me he ocupado primero en una *recensione* (3), y después en un estudio más extenso (4).

El otro gran maestro desaparecido, FRANZ VON LISZT, nació en Viena el 2 de marzo de 1851, y, después de haber sido Profesor de Derecho penal en Giessen, Marburgo, Halle y Berlín, murió, tras largos sufrimientos físicos y morales, víctima de un cáncer, el 21 de junio de 1919 (5). En 1875 se inicia su actividad de publicista incansable, y hoy el número de artículos y li-

---

(1) *Zum Werden und Leben der Staaten.* (Sobre el devenir y la vida de los Estados), Munich y Leipzig, Duncker & Humbolt, 1920. Un tomo de VII y 409 páginas. La colección está compuesta de diez trabajos, algunos que no habían sido publicados hasta ahora, como el señalado con el núm. 4, que trata de la adquisición de Alsacia y Lorena, y el que lleva el núm. 7 y que se titula "El emperador y el ejército". y otros enteramente nuevos, como, por ejemplo, el que hace el número 5 y que se ocupa en "el concepto de tratado y en su fuerza creadora".

(2) Vid., más adelante, la recensión 13.

(3) En *La Scuola positiva*, nueva serie, año I (1921), págs. 604-605.

(4) *La autorización para exterminar a los seres humanos desprovistos de valor vital*, ya cit., Madrid, Tip. de la "Revista de Archivos", 1922.

(5) Véase su necrología, hecha por Hafter, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. XXXII (1919), págs. 274-275, y otra anónima en *Rivista penale*, agosto-octubre 1919, págs. 404-405.

Digitized by Google

bros con que ha enriquecido la bibliografía jurídica de su país pasa de ciento. Desde su célebre *Programa de Marburgo* (1882) (1), en que aplica al Derecho penal la doctrina de Rodolfo von Ihering, sobre el fin en el Derecho, que mereció los honores de una versión rusa, levanta los pilares de la dirección moderna alemana con tendencia sociológica, y fija su teoría de la *pena finalista,* o *pena de fin.* La personalidad de von Liszt es conocidísima en el extranjero, donde se ha estudiado su doctrina y su bibliografía (2): el *Instituto de Criminología,* que dirigió en la Universidad de Berlín, era la verdadera *pépinière* de los jóvenes penalistas nacionales y extranjeros. Yo tuve el honor de ser su discípulo en 1914. Franz von Liszt tuvo muchos enemigos: Binding decía siempre que hablaba de él: "Ese periodista que escribe de Derecho penal..." Birkmeyer polemizó constantemente con el profesor de Berlín. El más justo reproche que se le ha dirigido es su fervoroso afán por las transacciones y componendas, y la alabanza más exacta, su insuperable maestría de técnico, pues su famoso *Tratado* es una obra maestra de proporción y claridad.

Este célebre *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Tratado de Derecho penal alemán), apareció con este nombre desde la segunda edición, enteramente refundida (3), en Berlín y Leipzig el año 1884, y en 1919 alcanzaba la tirada de 40.000 ejem-

---

(1) *Der Zweckgedanke im Strafrecht,* recopilado después en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge,* Berlín, Guttentag, 1905, vol. I. páginas 176-179.

(2) Vid.: Prjwalski, *Le Prof. Franz von Liszt et ses opinions fondamentals sur le crime et le châtiment,* 1896; Rappaport, *La lutte autour de la réforme du Droit pénal en Allemagne et les transformations du Droit pénal moderne,* Paris, Sirey, 1910, Apéndice, *Le Professeur von Liszt,* págs. 97-103, donde se hallará su bibliografía completa hasta 1910; Luis Jiménez de Asúa, *Franz von Liszt,* en la Revista *Renovación Española,* de 30 de abril de 1918, núm. 14. Después de su muerte se ha publicado en Alemania un certero estudio sobre el que fué Profesor de Berlín, por J. Goldschmidt, *Franz von Liszt,* en *Archiv für Kriminologie,* vol. LXXIII (1921), págs. 81 y sigs.

(3) La primera edición se titulaba: *Das deutsche Reichsstrafrecht, auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichssgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung systematisch dargestellt,* Berlín y Leipzig, 1881.

Digitized by Google

plares. Ha sido traducido al portugués (por Duarte Pereira), al griego (por Kypriades), al serbio (por Wesnitsch), al ruso (por Eliaschewitz), al japonés (por Okada, Abico, Suni), al francés (por Lobstein), y al español (1). La última edición que su autor compuso es la 21-22, y se editó por la Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, Walter de Gruyter und Co. Berlín y Leipzig, el año 1919. En el Prólogo, fechado en 1.° de abril de dicho año, Franz von Liszt, presiente que será su último trabajo: "Este prólogo —dice— tal vez es, al mismo tiempo, un epílogo." Después de la muerte del autor se ha publicado la 23 edición en 1921, preparada por EBERHARD SCHMIDT. En ella se toman en cuenta las novedades acaecidas en la esfera penal de Alemania: el Proyecto de 1919, la ley sobre rehabilitación de 9 de abril de 1920, la ley sobre el juego de 23 de diciembre de 1919, etc.

También sus *Strafrechtsfälle für akademischen Gebrauch* (Casos penales para las necesidades académicas), alcanzan ediciones recientes: la primera fué hecha en 1876; la undécima es de 1913, última que su autor compuso; y la más reciente se ha publicado después de la muerte de von Liszt, por ERNESTO ENRIQUE ROSENFELD, 12 edición, Jena, Fischer, 1920.

Siguiendo este sistema, de que cada uno de los discípulos (o sedicentes discípulos) de von Liszt, hiciera la edición póstuma de una de las obras del maestro muerto, EDUARDO KOHLRAUSCH, Profesor ordinario en Berlín, ha compuesto la 26 edición del libro de VON LISZT y ERNESTO DELAQUIS: *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Nebengesetzen. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister* (Código penal del Imperio alemán y leyes penales especiales. Texto con notas e índice de materias), Berlín y Leipzig, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, Walter de Gruyter und Co., 1922.

La muerte de BINDING, VON LISZT y BIRKMEYER ha deprimido el gran espíritu científico-penal en Alemania. A la vacante de Berlín ha sido llevado EDUARDO KOHLRAUSCH, a quien pesa demasiado la herencia de von Liszt. Ahora prepara un

---

(1) Ya se ha mencionado la traducción española: vid., más atrás, págs. 10-11.

Digitized by Google

Tratado de Derecho penal. A pesar de todo, quedan todavía claros talentos y la actividad no se interrumpe. En el *Seminario criminológico* de Colonia se han pronunciado interesantes conferencias de ASCHAFFENBURG, BUHR y MERBECK (1); y la Universidad de Hamburgo ha creado otro *Seminario,* consagrado a las ciencias penales. MAURICIO LIEPMANN —cuya personalidad quedó bien firme desde la publicación de sus dos obras capitales: *Introducción al Derecho penal* (2) y *La pena de muerte* (3), en que se muestra adversario de su mantenimiento—, al encargarse de su Cátedra en la Universidad de Hamburgo fundó el "Seminario de Derecho penal y Política criminal". El año 1921 dirigió Liepmann, a todos los Profesores de Derecho penal de Europa, una circular anunciando la aparición de unos trabajos de su Seminario y pidiendo ayuda para lograr su empeño de publicarlos. El profesor de Hamburgo ha querido que los estudiosos del Derecho penal tengan un lugar donde imprimir sus trabajos, ahora que en Alemania van disminuyendo las Revistas técnicas, y ha conseguido al fin ver logrados, con lisonjero éxito, sus propósitos, puesto que ya han visto la luz, desde 1921, sus *Hamburgischen Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Abhandlungen aus dem Seminar für Strafrecht und Kriminalpolitik an der hamburgischen Universität.* (Escritos hamburgueses de ciencias penales en general. Trabajos del Seminario de Derecho penal y Política criminal de la Universidad de Hamburgo), editados en Hamburgo, por W. Gente. Tres trabajos van ya publicados de EDUARDO GUCKENHEIMER, MAURICIO LIEPMANN y M. GRÜNHUT, que más tarde mencionaré.

Lugar aparte merece, entre los actuales Profesores de Alemania, ERNESTO BELING, actualmente Profesor en la Universidad de Munich. Yo me aventuraría a afirmar que es hoy, entre los juristas alemanes que viven, el más digno de estudio y, desde luego, el penalista más profundo. Cualesquiera que sean las discrepancias que de él nos distancien, nuestra admiración va recta hacia sus obras y hacia el autor. Ernesto Beling escribió

(1) Vid. *Archiv für Kriminologie* (antes *Kriminalanthropologie und Kriminalistik*), tomo LXXIV (1922), pág. 239.

(2) *Einleitung in das Strafrecht,* Berlín, Häring, 1900.

(3) *Die Todesstrafe,* Berlín, Guttentag, 1912.

Digitized by Google

unos excelentes *Grundzüge des Strafrechts* (Fundamentos del Derecho penal), que han alcanzado la 5.ª edición, Tubinga, Mohr, 1919, y su personalidad científica es bien conocida en Alemania y fuera de ella, por su aguda *Teoría del delito* (1), donde expone su doctrina de la *tipicidad*, en la que basa la definición del delito, que satisface, a mi juicio, las exigencias de la técnica jurídica (2). Beling ha escrito numerosos trabajos (3), y su último libro es un definitivo estudio, titulado *Methodik der Gesetzgebung insbesondere der Strafgesetzgebung. Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919* (Metódica de la legislación, especialmente de la legislación penal. Con una contribución a la crítica del Proyecto de Código penal de 1919), Berlín-Grunewald, Rothschild, 1922, del que hablaré luego más extensamente (4).

Ahora, para dar cuenta de la rica contribución penal alemana, seguiré un orden expositivo, marchando de los trabajos generales a los monográficos.

Entre los TRATADOS de estos ocho últimos años, merecen especial consignación estos dos, en los que se estudia tan sólo la Parte general: el de MAX ERNESTO MAYER, *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Lehrbuch* (La parte general del Derecho penal alemán. Tratado), Heidelberg, Winters Universitätsbuchhandlung, 1915, obra excelente, muy completa y do-

---

(1) *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, Mohr, 1906.

(2) En España ha sido bien expuesta la teoría de Beling, por Faustino Ballvé, *La teoría jurídica del delito según Beling*, en *Anales* de la "Junta para ampliación de estudios e investigaciones científicas", tomo IX, Madrid, 1913, págs. 141 y sigs. Vid., también, mi *Derecho penal moderno y español*, en *Adiciones* a la traducción del *Programa del curso de Derecho criminal* de F. Carrara, Parte general, vol. I, Madrid, Reus, 1922, pág. 77.

(3) He aquí algunas de sus obras: *Geschichtliche Entwicklung der Retorsion und Kompensation bis zu XVIII. Jahrhundert*, Breslau, 1893; *Würtembergische Strafgsetzgebung*, 1893; *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Breslau, 1908; *Die strafrechtliche Bedeutung der Esterritorialität*, Breslau, Schletter, 1896; *Fälle aus den Strafprozessrecht*, 3.ª edición, 1905; *Wesen, Strafbarkeit und Beweis der üblen Nachrede*, 1909; *Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf*, 1910.

(4) Vid., más adelante, recensión 17.

Digitized by Google

cumentada; y el de AUGUSTO KÖHLER, *Deutsches Strafrecht. Allegemeiner Teil* (Derecho penal alemán. Parte general), Leipzig, Verlag von Weit und Com., 1917, donde se hallan, a pesar de la orientación clásica del autor, discípulo de Birkmeyer, muchos conceptos estimables y una serena exposición de doctrinas, incluso de aquellas en las que Köhler no comulga. Recordemos además el *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Tratado de Derecho penal alemán), compuesto por H. MEYER y reformado profundamente por ALLFELD, que alcanza la octava edición en 1922.

Pasemos a los COMPENDIOS, entre los que acostumbran a distinguir los alemanes los *grandes* y los *pequeños*. De los primeros citaré el de ENRIQUE B. GERLAND, profesor en Jena, de fecha recientísima, *Deutsches Reichsstrafrecht* (Derecho penal nacional alemán), Berlín y Leipzig, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, Walter de Gruyter und Co., 1922, que se ha impreso formando el tomo XVI de los *Grundrisse der Rechtswissenschaft* (Compendios de ciencia jurídica). Entre los COMPENDIOS *pequeños* los hay tan extractados que sólo alcanzan 85 páginas de tamaño reducido. Mencionaré el *Grundriss des Strafrechts* (Compendio de Derecho penal), Munich, Berlín y Leipzig, J. Schweitzer Verlag, 1916, de FRITZ VAN CALKER, que entonces era Profesor en Estrasburgo; el *Grundriss des Strafrechts* (Compendio de Derecho penal), Berlín, Heymanns Verlag, 1919, del asesor G. BRUMBY; y la última edición del tomo VIII del *Grundriss des privaten und öffentlichen Rechts* (Compendio de Derecho público y privado), VIII. Band, *Strafrecht* (Derecho penal), 12 a 15 edición, Leipzig, Hirschfeld, 1921, compuesto por C. SCHAEFFER y CARLOS BECKER.

De los COMENTARIOS, lo más reciente es la obra de LUIS EBERMAYER, EICHELBAUM, ADOLFO LOBE y WERNER ROSENBERG, *Das Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts* (El Código penal imperial, con especial consideración de la jurisprudencia del Tribunal del Imperio), Berlín y Leipzig, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, Walter de Gruyter und Co., 1920, que logra en 1922 la segunda edición; y la décima edición de J. VON OLSHAUSEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deuts-*

Digitized by Google

che Reich (Comentario al Código penal del Imperio alemán), Berlín, 1916.

Antes de abandonar las obras de conjunto, citaré el interesantísimo libro de GUILLERMO SAUER, Profesor en la Universidad de Könisberg, *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie* (Bases del Derecho penal, con un bosquejo de una Filosofía jurídica y social), Berlín y Leipzig, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, Walter de Gruyter und Co., 1921. A esta obra dedicaré después una nota crítica (1). Sauer es, ante todo, un filósofo, sin que por ello deje de ser un jurista. En la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* lleva Guillermo Sauer la trascendental sección de referates sobre Filosofía del Derecho, asunto al que se concede, en la revista fundada por von Liszt, una importancia relevante.

Voy a ocuparme ahora de las obras que enfrontan ASUNTOS PARTICULARES, y aun de aquellas que tratan PROBLEMAS O INSTITUCIONES AMPLIAS, con carácter general, pero sin el sistema orgánico del Tratado.

Mencionaré primero las que abordan cuestiones básicas de CRIMINOLOGÍA: PABLO POLLITZ, doctor en Medicina, *Die Psychologie des Verbrechers. Kriminalpsychologie* (La Psicología del delincuente. Psicología criminal), segunda edición, Leipzig y Berlín, Teubner, 1916; CARLOS BIRNBAUM, también médico, *Kriminal-Psychopathologie. Systematische Darstellung* (Psicopatología criminal. Exposición sistemática), Berlín, Springer, 1921; L. GÜNTHER, *Die deutsche Gaunersprache* (El lenguaje del hampa alemana), Leipzig, Quelle und Meyer, 1919; CARLOS NOTZEL, *Das Verbrechen als soziale Erscheinung* (El delito como producto social), Munich, Musarion Verlag, 1919, obra que, a pesar de su brevedad, pues no llega a 95 páginas de pequeño tamaño, es altamente interesante; ERICH WULFFEN, *Der Sexualverbrecher* (El delincuente sexual), Berlín, Langenscheidt, 1920; FR. G. FOERSTER, Profesor de Filosofía y Pedagogía en la Universidad de Munich, *Schuld und Sühne. Einige psychologische und pädagogische Grundfragen des Verbrecherproblems und der Jugendfürsorge* (Culpa y expiación. Algunas cuestiones

(1) Vid., más adelante, recensión 17.

Digitized by Google

fundamentales psicológicas y pedagógicas del problema del delincuente y de la asistencia a los jóvenes), 3.ª edición, Munich, Beck, 1920; ALBERTO HELLWIG, *Der Krieg und die Kriminalität der Jugendlichen* (La guerra y la criminalidad juvenil), Halle, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, 1916; WALTER HOFFAMANN, *Psychologie der straffälligen Jugend. Richtlinien für Jugendgerichte, Jugendfürsorge und Jugendpflege* (Psicología de la juventud delincuente. Líneas de conducta para los Tribunales juveniles, y para la protección y asistencia de la juventud), Leipzig, Rossberg, 1919; M. H. GÖRING, doctor en Derecho y Medicina, Privatdozent de Psiquiatría en Giessen, *Die Gemeingefährlichkeit in psychiatricher, juristischer und soziologischer Beziehung* (El estado peligroso en sus relaciones psiquiátricas, jurídicas y sociológicas), Berlín, Springer, 1915; PEDRO RIXEN, *Die gemeingefährlichn Geisteskranken im Strafrecht, in Strafvollzuge und in der Irrenpflege* (Los enfermos mentales y peligrosos en Derecho penal, en la ejecución de la pena y en la asistencia a los locos), Berlín, Springer, 1921.

Entre los trabajos de POLÍTICA CRIMINAL son dignos de consulta: *Die Zukunft des Strafechts* (El porvenir del Derecho penal), Berlín y Leipzig, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, Valter de Gruyter und Co., 1920, publicado por FRITZ DEHNOW, con "contribuciones" de PETZOLDT, BELING, FOREL, FREUDENTHAL, GROTJAHN, HEGLER, HELLWIG, MARTENS, RATHENAU, DEHNOW, MAMROTH, HAFTER, WAHLE, MAUTHNER, ZÜRCHER, BEAULIEU, HIRSCHFELD, ZUMBUSCH, MENDELSSOHN-BARTHOLDY, EBERMAYER, SEYFARTH, VON MÜNCHHAUSEN, SCHNEICKERT y KANTOROWICZ; y los tres trabajos publicados en la colección de M. LIEPMANN, bajo el título común *Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, a que antes se aludió (1), el primero de los cuales, en el que me ocupo después extensamente (2), es el de EDUARDO GUCKENHEIMER, *Der Begriff der ehrlosen Gesinnung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Beurteilung politischer Verbrecher* (El concepto del móvil

(1) Vid., atrás, pág. 70.
(2) Vid., adelante, recensión 15.

Digitized by Google

deshonroso en Derecho penal. Una contribución para la calificación penal del delincuente político), Hamburgo, W. Gente, 1921; el segundo es del propio LIEPMANN, versa sobre *La reforma del Derecho penal alemán*, y más tarde lo enunciaré, al dar la Bibliografía del Proyecto de 1919; finalmente, el tercero, escrito por MAX GRÜNHUT, se titula *Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung* (Anselmo von Feuerbach y el problema de la imputación penal), Hamburgo, W Gente, 1922.

Mencionaré ahora algunos trabajos sobre DERECHO PENAL, propiamente dicho, y ORGANIZACIÓN PENITENCIARIA: JOSÉ KOULER, Profesor de la Universidad de Berlín, muerto recientemente, *Internationales Strafrecht* (Derecho penal internacional), Stuttgart, Enke, 1917; L. KÄCKEL, *Die Bedeutung des Strafgesetzbegriffes in der Lehre von der strafrechtlichen des Strafgesetzbegriffes in der Lehre von der strafrechtlichen Rückwirkung* (La importancia del concepto de la ley penal en la doctrina de la reacción penal), Breslau, Schletter; HOFACKER, *Rechtswidrigkeit und Kriegsverbrechen* (Antijuridicidad y delitos de guerra), 1921, interesante folleto de 42 páginas; H. NATORP, *Der Mangel am Tatbestand (sein Verhältnis zum Versuch, untauglichen Versuch und Putativdelikt) und seine Strafbarkeit* (El defecto en el hecho, sus relaciones con la tentativa, la tentativa inidónea y el delito putativo y su punibilidad), Breslau, Schlettersche Buchhandlung, 1921; A. COENDERS, *Über Idealkonkurrenz. Ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz* (Sobre el concurso ideal. Una proposición de una nueva ley penal), 1921; CHARLOT STRASSER, *Das Kumulativverbrechen. Ein Beitrag zur Psychologie der Kollektivverbrechen* (El delito cumulativo. Una contribución a la Psicología de los delitos colectivos), separado del *Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik*, tomo LI, un folleto de 194 páginas en 8.° mayor; J. NAGLER, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung* (La pena. Una investigación empírico-jurídica), Leipzig, Félix Meiner, 1918. Esta última obra es extensísima, pues consta de 734 páginas, y *amenaza* serlo aún más, ya que lo publicado sólo es la *primera parte* (*Erste Hälfte*), y esa amplitud va en perjuicio del libro, que se hace enfadoso, aunque es preciso reconocer que contiene muchos datos y algunas ideas estimables, a pesar de su clásica tenden-

Digitized by Google

cia; H. HYAN, *Berliner Gefängnisse* (Prisiones de Berlín), Berlín, Puttkammer und Mühlbrecht, 1920; K. ENGEL, *Der progressive Strafvollzug* (El sistema progresivo de ejecución de la pena), Breslau, Schlettersche Buchhandlung, 1921; H. ELLGER, *Der Erziehungszweck im Strafvollzug* (El fin educativo en la ejecución de la pena), Halle, Marhold, 1922. En el Derecho penal de la Rusia soviética se ha ocupado LEO GALIN, abogado de Hamburgo, *Gerichtwesen und Strafsystem in revolutionären Russland.* (Organización judicial y sistema penal en la Rusia revolucionaria), Berlín, 1920.

De las monografías sobre la PARTE ESPECIAL (delitos en particular) son dignas de lectura: K. GERLOFF, *Das Verbrechen der Vergiftung im geltenden Recht und seine Behandlung de "lege ferenda"* (El crimen de envenenamiento en el Derecho vigente y su tratamiento de *lege ferenda*), Rostock, Warkentien, 1921; L. LEWIN, *Die Fruchtabtreibung, durch Gifte und andere Mittel* (El aborto por veneno y otros medios), 3.ª edición, Berlín, Springer, 1922; HERBERT ENGELHARD, Privatdozente en Heidelberg, *Die Ehre als Rechtsgut und Strafrecht* (El honor, como bien jurídico en Derecho penal), Mannheim, J. Bensheimer, 1921; MANFREDO COHN, *Das Problem der Bestrafung des Ehebruchs* (El problema de la punición del adulterio), Breslau, Schletter, 1916.

De los trabajos alemanes sobre POLICÍA CIENTÍFICA voy a citar los más recientes: ROBERTO HEINDL, *System und Praxis der Daktyloskopie und der sonstigen technischen Methoden der Kriminalpolizei* (Sistema y práctica de dactiloscopia y de los métodos técnicos de policía criminal), Berlín y Leipzig, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, Walter de Gruyter und Co., 1922; H. SCHNEICKERT, *Signalementslehre* (Teoría del señalamiento), 2.ª edición, Munich, Schweitzer, 1922; H. JÖRGENSEN, *Lehrbuch des Fernidentifizierungsverfahrens. Ein neuer Weg der polizeilichen Personenfeststellung* (Tratado del procedimiento de identificación a distancia. Un nuevo camino en la determinación policial de las personas), con un prólogo de H. SCHNEICKERT, Potsdam, A. W. Hayns Erben, 1922; y W. POLZER. *Gauner-Wörterbuch für den Kriminalpraktiker* (Diccionario del

Digitized by Google

hampa para el criminalista práctico), Munich, Scheveitzer, 1922.

En Alemania son varias las REVISTAS DE DERECHO PENAL que se publican: *Der Gerichtssaal, Zeitschrift für Zivil- und Militär-Strafrecht* (La Audiencia. Revista de Derecho penal-civil y penal-militar), fundada en 1849 por JAGEMANN y publicada desde 1904 por OETKER y FINGER; *Archiv für Strafrecht: und Strafprozess* (Archivo de Derecho penal y de Procedimiento penal); *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (Revista general de Ciencias penales), fundada en 1881 por FRANZ VON LISZT y FRANZ DOCHOW; *Archiv für Kriminologie* (Archivo de Criminología), que hasta 1916 se tituló *Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik* (Archivo de Antropología criminal y Criminalística), fundado en 1899 por HANS GROSS; *Deutsche Strafrechts-Zeitung* (Periódico de Derecho penal alemán), fundado en 1914 y publicado por OTTO LIEBMANN; y *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* (Revista mensual de Psicología criminal y reforma jurídico-penal), fundada en 1905 y publicada por GUSTAVO ASCHAFFENBURG. Ha sido interrumpida la publicación del "Boletín de la Unión internacional de Derecho penal": *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung,* que se imprimía desde la fundación de la Unión, creada por VON LISZT, VAN HAMEL y PRINS, en 1889, y que la guerra ha dispersado al romper la armonía intelectual de los pueblos. Sin embargo, el grupo alemán continúa editando su *Boletín;* tengo a la vista el de la reunión habida en Gottinga del 7 al 10 de junio de 1922: *Mitteilungen der Deutschen Landesgruppe der Internationalen kriminalistischen Vereinigung, 18. Versammlung zu Göttingen von 7. bis 16. Juni 1922,* publicado por el Privatdozente RICARDO HONIG, Berlín y Leipzig, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, Walter de Gruyter und Co., 1922.

Todo lo dicho hasta aquí se refiere a la literatura penal de Alemania. En AUSTRIA atraviesa la industria editorial por una terrible crisis, motivada por la angustiosa situación del país. Un nombre se destaca por su poderosa inteligencia y su admirable laboriosidad: el de CARLOS STOOSS, Profesor en la Universidad de Viena, pero de nacionalidad suiza. El fué el autor

Digitized by Google

del Proyecto suizo en que luego me ocuparé (1). En la *Revista Penal Suiza*, que mencionaré también después (2), y en la austriaca, aparece con frecuencia la firma de Stooss, en artículos siempre interesantes.

A pesar de esa angustiosa crisis por que atraviesan las imprentas de Austria, se han publicado algunos trabajos relativamente recientes, de los que quiero registrar los más importantes: SIGFREDO TÜRKEL, *Die Zurechnungsumfähigkeit* (La inimputabilidad), Leipzig y Viena, Deuticke, 1915, sugestivo estudio sobre el problema filosófico, médico y penal de la imputabilidad y su regulación legislativa en los Proyectos austriacos, desde 1885 a 1914; HUGO HOEGEL, procurador general, ya fallecido, *Freiheitsstrafe und Gefängniswesen in Oesterreich, von der Theresiana bis zur Gegenwart* (Penas privativas de libertad y sistemas penitenciarios en Austria, desde la Theresiana hasta el presente), Graz y Viena, 1916; STREICHER, *Die kriminologische Verwertung der Maschinnenschrift* (El valor criminológico de la escritura a máquina), Graz, Ulrich Moser, 1919; WAGNER-JAUREGG, *Telepatie und Hypnose im Verbrechen* (Telepatía e hipnosis en el delito), Viena 1919; y EDUARDO VON LISZT, que mantiene el prestigio de su apellido en recientes trabajos sobre el homicidio: *Die vorsatzlichen Tötungen* (Los homicidios dolosos), Viena, 1919; *Der mit besonderer Grausamkeit verübte Mord* (El asesinato cometido con especial crueldad), Graz, 1920; *Der Mord bei Ausführung eines Verbrehens gegen die Sittlichkeit* (El asesinato en ejecución de un delito contra la honestidad), Graz, 1920.

También siguen celebrándose en Austria sesiones importantes de la *Unión de Derecho penal*, en la que se ha discutido el nuevo Proyecto de Alemania: *Oesterreichische Kriminalistische Vereinigung. Der deutsche Strafgesetzentwurf, Berichte und Abänderungsvorschläge* (Unión austriaca de Derecho penal. El Proyecto de ley penal alemán, informes y proposiciones de reforma). Publicados por el profesor W. GLEISPACH, Leipzig, G. Freytag, 1921.

---

(1) Vid., más adelante, IV, 2.

(2) Vid., adelante, IV, 1.

Digitized by Google

Merece cita especial, por lo que a Austria respecta, la *Oesterreichische Zeitschriff für Strafrecht* (Revista austriaca de Derecho penal), fundada en 1910 y publicada por ALEJANDRO LÖFFLER. La Redacción de esta revista ha tributado en 1920 un justísimo homenaje a Carlos Stooss: *Festnumer für Karl Stooss, veranstaltet von der Redaktion der Oesterreichischen Zeitschrift für Strafrecht,* Viena, Manz, 1920.

2. LA REFORMA PENAL Y SU BIBLIOGRAFÍA.

En ALEMANIA se han dictado recientemente *nuevas leyes* en la esfera penal. Son dignas de notarse la de *23 de diciembre de 1919, sobre el juego,* y la de *9 de abril de 1920, sobre rehabilitación.* Las dos pueden verse en la última edición del *Tratado* de Liszt, publicado después de su muerte (1).

Más importancia tiene aún la *Novela de 21 de diciembre de 1921, sobre la ampliación del dominio de la multa y restricción de las penas cortas de privación de libertad,* que da cumplimiento a una de las exigencias político-criminales. Consúltese sobre ella: KLEE, *Der Entwurf einer Strafgesetz-Novelle. Kritik und Ergänzungsvorschlag* (El proyecto de una novela penal. Crítica y proposición complementaria), en *Deutsche Strafrechts-Zeitung,* año VIII (1921), 326-327; y *Novelle zum deutschen Strafgesetz* (Novela de ley penal alemana), en *Archiv für Kriminologie,* tomo LXXIV (1921), pág. 62.

Recordaré también el *Proyecto de ley de 1920 sobre tribunales juveniles,* que ha sido estudiado, entre nosotros, por EUGENIO CUELLO CALÓN (2).

Pasemos ahora al *Proyecto de Código penal alemán.* El *Anteproyecto de 1909,* sobrado conocido, se inspiraba en una tendencia de transacción entre las varias corrientes, y como era de los que menos acogían las exigencias de la Política criminal, VON LISZT, VON LILIENTHAL, KAHL y GOLDSCHMIDT elaboraron en 1911 un *Contraproyecto.* Al estallar la guerra, la Comisión encargada de estudiar el Anteproyecto de 1909, tenía ya terminado el

(1) Vid., atrás, pág. 69.

(2) El nuevo *Proyecto de ley alemán sobre Tribunales juveniles,* en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* tomo CXXXVIII (1921), págs. 42 y sigs.

Digitized by Google

Proyecto de 1913 (1); mas el terrible acontecimiento bélico paralizó todos los trabajos. Pero en la primavera de 1918, el secretario de Estado del Ministerio imperial de Justicia, doctor von Krause, volvió a pensar en la reforma del Código penal, encargando de ella a una Comisión formada por funcionarios del Ministerio imperial de Justicia y por magistrados. Estos últimos trabajos, empezados el 15 de abril de 1918, terminaron el 21 de noviembre de 1919. Los autores de este *Proyecto de 1919* son: JOËL, secretario de Estado en el Ministerio de Justicia; EBERMAYER, presidente del Tribunal imperial; CORMANN, presidente del Tribunal superior de Stettin; y BUMKE, director ministerial en el Ministerio de Justicia. Además han cooperado en el Proyecto, SCHÄFER y KESSOW, consejeros ministeriales de dicho Ministerio. El Proyecto de la Comisión de 1913 difería substancialmente del Anteproyecto de 1909; en cambio, entre el Proyecto del 13 y el de 1919 hay tal analogía, que bien puede decirse que es una misma obra, con ligeras variantes, impuestas por las condiciones político-sociales de la Alemania de hoy. La obra no tiene carácter oficial, y la *Denkschrift* (págs. 7-8), que acompaña al Proyecto, se preocupa mucho de advertir que el Gobierno imperial y los Gobiernos de los Estados no tienen responsabilidad alguna en el contenido del Proyecto. En enero de 1921 se han publicado, en tres tomos, el Proyecto de la Comisión de 1913 —que hasta ahora no había visto la luz—, el Proyecto de 1919 y una exposición de motivos: *Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministerium*, Berlín, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, Walter de Gruyter und Co., 1921. Tomo I, *Entwurf der Strafrechtskommission 1913;* tomo II, *Entwurf von 1919;* tomo III, *Denkschrift zu dem Entwurf von 1919.*

La *Bibliografía* sobre el Anteproyecto de 1909, sobre el Contraproyecto de 1911 y sobre el Proyecto de la Comisión, ha sido recogida por mí en otro lugar (2); aquí daré tan sólo la del Proyecto de 1919, exponiendo en el texto los trabajos de auto-

---

(1) Una más extensa información sobre estos Proyectos puede verse en mi *Política criminal*, ya cit., págs. 33 y sigs.

(2) Vid. mi *Política criminal*, cit., págs. 36 y sigs., 46 y sigs. y 49.

Digitized by Google

res alemanes, y por nota los estudios de extranjeros, como hice al tratar del Proyecto y del Código argentinos. Comenzaré por los libros y folletos que abordan el tema en general: H. B. GERLAND, *Kristische Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfes 1919* (Observancias críticas a la parte general del Proyecto de ley penal de 1919), Tubinga, Mohr, 1921; W. HOFACKER, *Die reform des Strafgesetzbuchs. Ein Besprechung des Entwurfs von 1919* (La reforma del Código penal. Una opinión sobre el Proyecto de 1919), 1921; GLEISPACH, LENZ, KADECKA, RITTLER, SCHULTZ, HABERDA, RAIMANN. etc., *Der Deutsche Strafgesetzentwurf* (El Proyecto de ley penal alemán), Leipzig, Freitag, 1921; M. LIEPMANN, *Die Reform des deutschen Strafrechts. Kristische Bemerkungen zu dem "Strafgesetzentwurf"* (La reforma del Derecho penal alemán. Observaciones críticas al "Proyecto de Ley penal"), Hamburgo. W. Gente, 1921, y ERNESTO BELING, *Methodik der Gesetzgebung insbesondere der Strafgesetzgebung. Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919* (Metódica de la legislación, especialmente de la legislación penal. Con una contribución a la crítica del Proyecto de Código penal de 1919), Berlín-Grunewald, Rothschild, 1922. De estas dos últimas obras haré después una recensión (1).

Entre los artículos, y los trabajos particulares, escritos sobre este Proyecto, merecen consultarse: GUILLERMO KAHL, *Der Deutsche Strafgesetzentwurf von 1919. Zur Einführung.* (El Proyecto de ley penal alemán de 1919. Para la introducción), en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* vol. XLII (1921), págs. 205-223; R. VON HIPPEL, *Die allegemeiner Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen* (La doctrina general del delito en los Proyectos), en *Zeitschrift,* acabada de mencionar, vol. cit., págs. 404-437 y 525-550; EBERMAYER, *Die Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch* (Los Proyectos de un Código penal alemán), en *Zeitschrift* y vol. cit., págs. 315-347; VON MICHAELIS, *Stellungnahme zu dem Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919* (Posición ante el Proyecto de Código penal alemán de 1919), en *Zeitschrift* y vol. cit. pá-

(1) Vid., más adelante, recensiones 16 y 17.

Digitized by Google

ginas 635-642; M. H. GÖRING, *Einwendungen von psychiatrischer Seite gegen den Entwurf von 1919 zu einem Deutschen Strafgesetzbuch* (Objeciones de orden psiquiátrico contra el Proyecto de 1919 de un Código penal alemán), en *Zeitschrift* y vol. cits., págs. 746-751; EDUARDO KOHLRAUSCH, *Die "Straftat" im deutschen Strafgesetzentwurf 1919* (El "acto punible" en el Proyecto de ley alemán 1919), en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. XXXIV (1921), págs. 156-175; FRANZ EXNER, *Die bessernden und sichernden Massregeln im Deutschen Entwurf von 1919*, en *Schweizerische Zeitschrift*, etc., vol. XXXIV (1921), págs. 183 y sigs.; MEZGER, *Der Rechtsirrtum im Strafgesetzentwurf von 1919* (El error de derecho en el Proyecto de ley penal de 1919), en *Deutsche Strafrechts-Zeitung*, año VIII (1921), págs. 327-331; TRÄGER, *Zu den Entwürfen zu einem deutschen Strafgesetzbuch* (Para los Proyectos de un Código penal alemán), en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. XLII (1921), págs. 721-734 y vol. XLIII (1922), págs. 117-156 (seguirá en los fascículos de 1922); KRETSCHMANN, *Mittelbare Täterschaft im geltenden Strafrecht und im Strafgesetzentwurf* (Autores indirectos en el Derecho penal vigente y en el Proyecto de ley penal), en *Zeitschrift*, cit., vol. XLIII (1922), págs. 34-41; PABLO MERKEL, *Die Bestimmungen des Strafgesetzentwurfes von 1919 über die Straftat* (Las disposiciones del Proyecto de ley penal de 1919 sobre el acto punible), en *Zeitschrift* y vol. cit., págs. 299-351; VON FALKEN, *Das Arbeitshaus in dem Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuche von 1919* (La casa de trabajo en el Proyecto de un Código penal alemán de 1919) en *Zeitschrift* y vol. cit., págs. 356-365; ROHMER, *Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch und das Arbeitsrecht* (Proyecto de un Código penal alemán y el derecho de trabajo), en *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, vol. I, págs. 285-296; sobre este último estudio vid., con igual título, MAX GRÜNHUT, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. XLIII (1922), págs. 366-367; ERNESTO NATHAN, *Nothilfe und ärztlicher Eingriff im Entwurf von 1919* (Auxilio necesario e intervención médica, en el Proyecto de 1919), en *Zeitschrift* y vol., cit., págs. 451-454; ROB. HEINDL, *Strafprozessuale Sonderbehandlung der chronischen Verbre-*

Digitized by Google

cher (Tratamiento especial en el procedimiento criminal del delincuente crónico), en *Archiv für Kriminologie*, vol LXXII, números 3-4, cuyo trabajo es una proposición complementaria al Proyecto, que ha motivado una interesante polémica, en la que han tomado parte ALLFELD, BELING y MITTERMAYER, y que puede verse en el *Archiv* cit., vol. LXXIII (1921), págs. 175-182, y vol. LXXIV (1922), págs. 12-13, 14-16 y 17; LUIS BENDIX, *Die geistigen Grudlagen des Entwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch vom Jahre 1919* (Los fundamentos espirituales del Proyecto de Código penal alemán de 1919), en *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, año XIII (1922), págs. 30-40; EDMUNDO MEZGER, *Der deutsche Strafgesetzentwurf von 1919* (El Proyecto de ley penal alemán de 1919), en *Monatsschrift* y año cit., págs. 47-75; BERTOLDO FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1919* (Culpabilidad y represión en el Derecho penal vigente. Con una contribución a la crítica del proyecto de Código penal alemán de 1919), Tubinga, Mohr, 1922; FR. DEHNOW, *Sittlichkeitsdelikte und Strafrechtsreform* (Delitos contra la honestidad y reforma penal), Stuttgart, J. Pütmann, 1920. En España, Italia, Austria y Suiza ha sido también estudiado el Proyecto alemán (1).

Merecen especialísima mención las enmiendas propuestas al

---

(1) EUGENIO CUELLO CALÓN, *El nuevo Proyecto de Código penal alemán*, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, vol. CXXXIX (1921), págs. 385-418, y vol. CXL (1922), págs. 289-323 y 398; G. BATTAGLINI, *L'indirizzo di Politica criminale in due recenti Progetti di Codice penale*, en *Rivista penale*, 1922, págs. 206 y sigs.; FERNANDO KADECKA, *Ein österreichischer Gegentwurf zu dem Allgemeinen Teil des Ersten Buches des Deutschen Strafgesetzentwurfes* (Un contraproyecto austriaco a la parte general del libro primero del proyecto de ley penal alemán), en *Schweizerische Zeitschriff für Strafrecht*, vol. XXXV (1922), páginas 142-149; CARLOS STOOSS, *Sprachliche Bemerkungen zum deutschen Strafgesetzentwurf von 1919* (Observaciones lingüísticas al proyecto de ley penal alemán de 1919), en *Schweizerische Zeitschrift*, etc., vol. cit., páginas 206-210. Un problema especial, el del estado peligroso, ha sido estudiado por Delaquis en relación con este Proyecto y con el suizo: *Die Gemeingefährlichen in den Strafgesetzentwurfen der Schweiz und Deutschland*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. XXXIII (1920), págs. 197-214.

Digitized by Google

Proyecto de 1919, por la Sección de Derecho penal de la Sociedad de estudios jurídicos de Munich. En el año de 1921 creó esta Sociedad su sección penal, para el examen del aludido Proyecto. En ella figuraban —por orden alfabético—: BELING y FRANK, Profesores de la Universidad; ANTÓN GÄNSSLER, abogado; el Profesor KITZINGER; LEEB, fiscal; PRUNNER, magistrado; y RODOLFO WASSERMANN, abogado. En el curso de las deliberaciones murieron GÄNSSLER y LEEB, que fueron sustituídos por el CONDE PESTALOZZA y por STURM. Como redactor se nombró a GEHRLEIN. La Sección celebró treinta y tantas sesiones y sólo ha examinado la parte general. En agosto de 1922 publica sus trabajos: *Vorschläge zum Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, ausgearbeitet von dem Strafrechtsausschuss der Münchener Juristischen Studiengesellschaft* (Proposiciones al Proyecto de Código penal alemán, elaboradas por la Sección penal de la Sociedad de estudios jurídicos de Munich), Munich, Edición de la Juristischen Studiengesellschaft, 1922.

Dos palabras, ahora, sobre la reforma penal en AUSTRIA. En una obra mía anterior he referido la formación del *Anteproyecto de 1909* y del *Proyecto del Gobierno de 1912*, dando amplia bibliografía sobre ellos (1); aquí sólo me ocuparé de más recientes tentativas.

Los trabajos legislativos quedaron interrumpidos de modo brusco por la guerra de 1914, y ahora, al advenir la relativa paz, se prepara en Austria, en espera de una más completa reforma, una ley, proyectada en el *verano de 1921*, encaminada a modernizar la legislación penal, y dos años antes se crearon los *Tribunales juveniles, por la ley de 25 de enero de 1919*, y se *abolió la pena de muerte por la ley de 3 de abril del mismo año*. En el amplio *Proyecto de 1921*, una de las materias reformadas es el Derecho penal de los menores: el período de imputabilidad se eleva, para toda clase de infracciones, hasta los catorce años; se establece la posibilidad de beneficiar a todos los jóvenes, cualquiera que sea su delito, con la concesión de la conde-

(1) Cf. mi *Política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*, Madrid, Suárez, 1918, págs. 50-60.

Digitized by Google

na condicional. Y se estatuye una serie de interesantes preceptos protectivos de los niños y de los adolescentes. Otra serie de reformas que crea el Proyecto de 1921 se refieren a las penas: se suprime la reclusión dura (*schwere Kerker*), y se renuncia a ciertas agravaciones que podían recaer sobre las penas privativas de libertad (ayuno, cama dura, encierro celular, celda obscura); para algunos delitos políticos se establece una especie de *custodia honesta;* y se amplía el campo de aplicación del comiso. También se introducen hondas modificaciones en la parte especial: se pasan a la categoría de delitos los crímenes de odio y desprecio contra el Gobierno; se construyen preceptos relativos a la navegación aérea, electricidad, automóviles, teléfonos, etc.; se reforman las disposiciones relativas a patronos y obreros, teniendo en cuenta la gran transformación realizada en las condiciones de orden social; otros grupos de modificaciones se refieren a los delitos sexuales, a los delitos contra la libertad y el honor, la propiedad, la religión, etc., etc. Para la nueva legislación penal austriaca, debe consultarse la recientísima edición del Código austriaco. publicada por ALTMANN, JACOB Y MEISER, *Die österreichische Strafgesetzgebung, nach dem Stande vom 20. März 1922* (La legislación penal austriaca, según su situación el 20 de marzo de 1922), 2.ª edición, Viena 1922; y el artículo de W. GLEISPACH, *Die Strafgesetzgebung, der Republik Oesterreich* (La legislación penal de la Republica austriaca), en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht,* vol. XXXIII, 1920), págs. 44-79. Sobre el Proyecto de 1921 véase el completo trabajo de EDUARDO VON LISZT *Oesterreichische Strafgesetzreform* (Reforma austriaca de la ley penal), en *Zeitschrift fü die gesante Strafrechtswissenschaft,* vol. XLIII (1922), págs. 537-587 (1).

(1) Eugenio Cuello ha dado cuenta en España de estas leyes y Proyecto austriacos, en su reciente artículo, breve, pero muy sugestivo: *La reforma de la legislación penal en Austria,* en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* tomo CXLI (1922), págs. 97-101.

Digitized by Google

IV. SUIZA

1. Obras sobre ciencias penales.

En materia penal descuella en Suiza un nombre venerable, Emilio Zürcher. Le conocí en Italia, cuando la inauguración del monumento a Lombroso en Verona, el 25 de septiembre de 1921. Fué desde Suiza expresamente para rendir un tributo de entusiasmo al fundador de la Antropología criminal. Su discurso, en tan solemne momento, quiso poner de manifiesto la naturaleza moral y altruísta de la teoría de Lombroso y su grande influjo en Suiza, cuyos Anteproyectos muestran "la impronta de la escuela lombrosiana" (1).

Guardo, como uno de mis recuerdos más gratos, el de aquellas horas de amable departir, en las serenas noches de la evocadora ciudad de Verona, con el querido Profesor, que en su simpática ancianidad, tan saludable, tenía una irresistible atracción e inspiraba una dulce confianza.

Emilio Zürcher es una de las más altas mentalidades suizas. Con Alfredo Gautier defendió las modernas tendencias en que se inspiraba la reforma penal trazada por Carlos Stooss, que más de una vez peligraron en la segunda Comisión de peritos. Zürcher redactó la *Exposición de motivos* del Proyecto suizo de 1908, obra meditadísima y profunda, en que, con mano segura, se abordan y resuelven arduos problemas de técnica (2). Su posición radical en materias filosófico-penales se mantiene aún en estos años de su vejez: determinista en su juventud, sigue siéndolo en la ancianidad.

Durante treinta años fué Profesor ordinario de Derecho penal

---

(1) Vid. *Le Solenni Onoranze a Cesare Lombroso in Verona*, Turín, Bocca, 1922, págs. 22-23. Vid., también, E. Zürcher, *Cesare Lombroso*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. XXXIV (1921), páginas 276-277.

(2) *Exposé des Motifs de l'Avant-Projet de Code pénal suisse d'Avril 1908*. Traducción francesa oficial, de Alfredo Gautier, Berna, Stämpfli, 1912-1914.

Digitized by Google

en la Universidad de Zürich, en cuya cátedra le ha sustituído ERNESTO HAFTER. Es en la actualidad Profesor honorario del mismo Centro, donde enseñó tanto tiempo, y es, además, miembro del Parlamento suizo.

Toda su actividad se ha consumido en la gran obra de reforma penal y en el tenaz intento de dotar a su Patria de un Código único, llevando a término la obra iniciada por Stooss con su Proyecto, tan modificado por las Comisiones de peritos. Ya indiqué su más considerable trabajo: la magnífica *Exposición de motivos*, redactada en 1912-1914; pero ha escrito también interesantísimos artículos en torno al palpitante tema, que he recogido en uno de mis libros (1). A pesar de su edad avanzada y del triste trance por que acaba de atravesar, viendo morir a su mujer, después de cuarenta y seis años de firme unión, Zürcher sigue publicando. Sus últimos estudios, que luego citaré, versan sobre la *Revisión del Derecho penal federal* y sobre las *Medidas que el juez puede imponer a las personas jurídicas y otras asociaciones.*

Al cumplirse los setenta años de su nacimiento, amigos y discípulos le han dedicado un homenaje afectuoso, propio del hombre que pasó su vida estudiando: un libro en que se publican nueve interesantísimos trabajos: *Festgabe für Emil Zürcher, zu seinem siebzigsten Geburtstage (11. juni 1920). Dargebracht von Freunden und Schülern* (Homenaje a Emilio Zürcher por el septuagésimo aniversario de su nacimiento (11 de junio de 1920). Ofrecido por amigos y discípulos), Berna, Stämpfli, 1920. A este libro dedicaré, en la segunda parte, una nota crítica (2).

Quiero rendir el tributo del recuerdo a otro Profesor, para mí de imborrable memoria: ALFREDO GAUTIER, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Ginebra, muerto en pleno vigor el 23 de diciembre de 1920. En el año de 1913 y principios del 14 escuché, desde los bancos de su aula, sus explicaciones seductoras, transidas siempre de inimitable ingenio. Su ayuda me fué decisiva cuando compuse mi libro sobre *La unificación del Derecho penal en Suiza*, al frente del cual puse su nombre. Zürcher y Gautier fueron el alma y el nervio de la reforma penal en Suiza y los

(1) Vid. la Bibliografía que va al frente de mi obra *La unificación del Derecho penal en Suiza*, Madrid, Reus, 1916.

(2) Vid., más adelante, recensión 18.

Digitized by Google

que sostuvieron el criterio de Stooss, frente a las embestidas de las Comisiones.

He de mentar, además, otro Profesor muy estimado en Suiza y Alemania, que es quien ha ocupado la Cátedra de Zürich, después de la jubilación de Zürcher: ERNESTO HAFTER, joven y animoso, del que puede esperar mucho su país.

La de Ginebra ha sido otorgada a un discípulo de Gautier, que era ya Privatdocente, PABLO LOGOZ.

Entre los últimos TRABAJOS MONOGRÁFICOS publicados en Suiza mencionaré los siguientes: el discurso rectoral de ERNESTO HAFTER, sobre el tema *Keine Strafe ohne Gesetz* (No hay pena sin ley), *Universität Zürich Rektoratsrede und Jahresbericht, April 1921 bis Ende März 1922* (Discurso rectoral e informe anual de la Universidad de Zürich, abril 1921 a fin de marzo 1922), Zurich, Art. Institut Orell Füssli, s, a., págs. 3-19; la tesis para el doctorado del asiático TIEN-GUANG-TSU, *Über das Prinzip nulla poena sine lege im modernen Recht* (Sobre el principio *nulla poena sine lege* en el moderno Derecho), Berna, s. a. (1921); otra tesis de KURT SCHENKER, *Die strafrechtliche Natur des ärztlichen Eingriffes* (La naturaleza penal de la intervención médica), Disertación de Berna, 1922; la sugestiva tesis para el doctorado en Medicina de FERD. SPILLER, *Medizinisch begründete Ueberlegungen und psychologische Voraussetzungen zur Institution der bedingten Verurteilung* (Consideraciones de fundamento médico y supuestos psicológicos sobre la institución de la condena condicional), Disertación de Zürich, 1920; el trabajo de PEDRO GRANDCHAMPS, *Contribution à l'étude de la Réforme du Droit pénal de l'Enfance dans le Canton de Vaud*, Aigle, Imprimerie J. Borloz, 1921; el estudio histórico de CONSTANTINO GARDIKAS, *L'homicide chez le anciens Hellènes et notamment les Attiques*, Ginebra, Imprimerie Atar, 1918; y el breve, pero incitante folleto de MAURICIO VEILLARD, *La question de l'avortement*, Lausanna, Imprimerie La Concorde, 1919.

Especial recuerdo merece la bien conocida REVISTA penal suiza, que se sigue publicando, con colaboración nutrida de profesores alemanes, en alemán y francés: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrech.—Revue pénale suisse.*

Digitized by Google

2. El Proyecto de Código penal federal y literatura sobre él.

Ante todo, citaré el *Proyecto de ley*, aprobado en la sesión de enero de 1922 por el Consejo nacional, y que lleva el siguiente título, tan largo y detallista, que dice por sí solo la misión y contenido del documento: "Ley federal relativa a la reforma del Derecho penal federal del 4 de febrero de 1853, referente a los delitos contra el orden constitucional y la seguridad interior y a la introducción de la condena condicional (de 31 de enero de 1922)" (1). Sobre esta Ley, que debe ser sometida ahora al referendum, pueden consultarse los estudios de Emilio Zürcher, *Revision des Bundesstrafrechts* (Revisión del Derecho penal federal), en *Züricher Post*, de 21, 22 y 23 de marzo de 1922; y de Franz Stampfli, *Die Novelle zum Bundesstrafrecht* (La novela sobre Derecho penal federal), en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. XXXV (1922), págs. 97-141.

Pasemos al *Proyecto de Código penal*. Recordaré tan sólo brevemente —por haberlo ya expuesto con más extensión en libros anteriores— que el Proyecto originario se debe a Carlos Stooss y que la Parte general fué publicada en *1893*, y en *1894* el Anteproyecto entero. Desde entonces se suceden nuevas redacciones compuestas por la primera y segunda Comisión de peritos. Así nacen los *Anteproyectos de 1896, 1903, 1908, 1913-15 y 1916*. El *23 de julio de 1918*, el Consejo federal dirige un mensaje a la Asamblea federal, proponiendo el Proyecto de Código penal suizo, refrendado por Colonder, presidente de la Confederación, y por Schatzmann. Después de una breve exposición de motivos, se da el *Proyecto de 1918* (2), que en algunos puntos modifica el Anteproyecto de 1916. Después de tres años en que nada se hace, recomienza la ac-

(1) *Bundesgesetz betreffend Abänderung des Bundesstrafrechts vom 4. Februar 1853 in bezug auf Verbrechen gegen die verfassungsmässige Ordnung und die innere Sicherheit und in bezug auf die Einführung des bedingten Strafvollzugs. (Vom 31. Januar 1922)*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. XXXV (1922), págs. 92-96.

(2) *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un Projet de Code pénal suisse. (Du 23 juillet 1918)*, sin indicación de año ni de lugar de edición.

Digitized by Google

tividad. El 13 de marzo de 1921 se reunió en Lucerna la Comisión penal del Consejo nacional, y en siete sesiones ha examinado los 33 artículos primeros del *Proyecto de 1918;* el 28 de agosto de 1921 ha celebrado nuevas reuniones, deliberando sobre los arts. 34 a 78 y 395 a 416; y desde el 30 de abril al 6 de mayo y el 13 de junio de 1922, ha vuelto a tener sesiones, donde se han estudiado los arts. 79 a 97 y se ha insistido sobre otros anteriormente analizados. Ya han empezado, pues, los trabajos parlamentarios, que hubiéramos deseado no se interrumpieran y llegaran pronto a una meta feliz; pero, según me comunica ZÜRCHER, se estima más urgente la vigencia del Código penal militar, y por ello, terminadas las discusiones sobre la parte general del Proyecto de Código común, se han paralizado de nuevo, para dar paso a los debates sobre el del Ejército (1).

Entre los *trabajos oficiales,* en torno a la reforma penal, citaré, por ser publicación reciente, el admirable *Protocolo de la segunda Comisión: Schweizerisches Strafgesetzbuch.—Code pénal suisse. — Protokoll der zweiten Expertenkommission. — Procès-verbal de la deuxième commission d'experts,* Kommissions-Verlag: Art. Institut Orell Füssli, Zurich, 1912-1922 (?). Esta gran obra, que comprende nueve tomos y dos apéndices, contiene las discusiones habidas en la Comisión segunda de peritos, que prepararon el Proyecto de 1916. Como cada comisionado hablaba en su idioma, y en Suiza son oficiales el alemán y el francés (y además el italiano), las dos lenguas se emplean en este *Protocolo.*

Voy a reseñar ahora la *Bibliografía* sobre los Proyectos. Hasta el de 1913-1915, puede hallarse completa en uno de mis libros, consagrado a estudiar la reforma penal en Suiza; la del Anteproyecto de 1916 se hallará en otro de mis estudios, y en un tercero una breve nota sobre el Proyecto de 1918 (2).

De la literatura surgida en torno a este último, destacaré

(1) Así me lo participa Emilio Zürcher, en su carta fechada en Zürich el 20 de febrero de 1923.

(2) *La Unificación del Derecho penal en Suiza,* Madrid, Reus, 1916; *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas,* Madrid, Suárez, 1918, pág. 27, nota 1, y pág. 30, nota 2; *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo,* Madrid, Impr. de Pueyo, 1922, pág. 100, nota 1.

Digitized by Google

los siguientes trabajos: CARLOS STOOSS, *Zum schweizerischen Strafgesetzbuch, 1893-1918. Eine Zusammenstellung* (Para el Código penal suizo, 1893-1918. Una exposición de conjunto), en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. XXXI (1918), págs. 285 y sigs.; THORMANN, *Schweizerisches Strafrecht. Rektoratsrede gehalten an der 84. Stiftungsfeier der Universität Bern, 14. Dez. 1918* (Derecho penal suizo. Discurso rectoral pronunciado en la fiesta del 84.° aniversario de la Universidad de Berna, 14 dic. 1918), Berna, 1919; ERNESTO DELAQUIS, *Über Bedeutung und Umfang der Strafrechtseinheit* (Sobre la importancia y extensión de la unificación penal), en *Verhandlungen des Schweizerisches Juristenvereins;* ERNESTO DELAQUIS, *Die Gemeingefährlichen in den Strafgesetzentwürfen der Schweiz und Deutschland* (Los peligrosos en los Proyectos de ley penal de Suiza y Alemania), en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. XXXIII (1920), págs. 197-214; ERNESTO DELAQUIS, *Belohnungsmassnahmen im schweizerischen Strafgesetzentwurf, 1918* (Medidas premiales en el Proyecto de ley penal de 1918), en *Verhandlungen schweiz. Vereins für Straf-Gefängnisswesen*, 1921.

Para los trabajos parlamentarios emprendidos sobre el Proyecto de 1918, deben consultarse: ERNESTO DELAQUIS, *Die parlamentarischen Arbeiten am schweizerischen Strafgesetzbuch* (Los trabajos parlamentarios sobre el Código penal suizo), en *Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht*, vol. XXXIV (1921), págs. 176-182 y 253-261, vol. XXXV (1922), págs. 39-52, y vol. XXXVI (1923), págs. 111-129; y EMILIO ZÜRCHER, *Massnahmen des Strafrichters gegenüber juristischen Personen und andern Personenverbänden* (Medidas que el juez puede imponer a las personas jurídicas y otras asociaciones), en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, volumen XXXV (1922), páginas 18-25, donde se analizan, de mano maestra, los últimos preceptos introducidos en el Proyecto suizo por la Comisión del Consejo nacional, en agosto-septiembre de 1921, sobre las personas sociales.

El *Cantón de Friburgo* acaba de componer, por su parte, un *Proyecto de Código penal de 25 de septiembre de 1922: Avant-Projet de Code penal fribourgeois*, Friburgo, Imprimerie Saint-

Digitized by Google

Paul, 1922. El retraso en la aceptación del Código federal único, hace resurgir en los cantones suizos sus insanos deseos de mantenerse legislativamente independientes; y en las observaciones preliminares del Proyecto friburgués, tras de afirmarse que el derecho unitario no podrá entrar en vigor antes de una decena de años, se leen estas desconsoladoras frases de PERRIER: "La aceptación de un Código penal suizo no nos parece ni probable ni deseable." Para el Proyecto de Friburgo son dignos de consulta el artículo de ERNESTO DELAQUIS, *Der Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch für den Kanton Freiburg von 25. septembrer 1922. Randbemerkungen* (El Anteproyecto de un Código penal para el Cantón de Friburgo de 25 de septiembre de 1922. Observaciones marginales), en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, volumen XXXV (1922), págs. 257 y sigs.; y la nota de CARLOS STOOSS, *Zum Freiburger Strafgesetzentwurf*, en la misma Revista, vol. XXXVI (1923), págs. 134 y sigs.

Mencionaré, antes de terminar, el *Anteproyecto de Código penal militar de 1916-1918*, elaborado por Ernesto Hafter, en virtud de encargo que le fué dado el 19 de mayo de 1916 (1), y sometido al examen de una Comisión. Sobre él pueden verse los estudios siguientes: EMILIO ZÜRCHER, *Zum Vorentwurf eines schweizerischen Militärstrafgesetzbuches* (Para el Proyecto de un Código penal militar suizo), en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. XXX (1917), págs. 108-131, y PABLO LOGOZ, *Vers un nouveau Code pénal militaire suisse*, en la misma Revista, vol. cit., págs. 237-290 (2).

V. ITALIA

1. SU RICA CONTRIBUCIÓN JURÍDICO-PENAL.

En parte alguna, ni aun siquiera en Alemania, es tan viva la lucha de las escuelas penales como en Italia, donde el Derecho penal llega a sentirse hasta en las capas populares, y donde las

(1) *Vorentwurf zu einem Schweizerischen Militärstrafgesetzbuch mit Motivem. Im Auftrage des schweizerischen Justiz- und Polizeidepartementes*, Berna, Stämpfli: 1.ª entrega, 1916; 2.ª, 1917; 3.ª, 1918.

(2) Vid. mi *Política criminal*, ya cit., págs. 32-33.

Digitized by Google

opiniones, incendiadas por la pasión, combaten desde los libros y los artículos de Revistas, produciendo una rica literatura jurídico-penal.

Por ello quiero destacar bien las direcciones de su actual bibliografía, señalando los nombres más representativos de los que han escrito en esta última época, afiliados a una de las tres tendencias en que se parten las construcciones penales italianas.

Apenas si es necesario advertir que esta reseña será muy somera y que no pretendo agotar la bibliografía italiana contemporánea, proponiéndome tan sólo indicar, a grandes rasgos, lo más saliente de su producción científica.

La ESCUELA CLÁSICA conservó hasta hace poco un hombre de valor inestimable: ENRIQUE PESSINA, cuyos *Elementos de Derecho penal*, traducidos al español, estudian hoy muchos de nuestros alumnos universitarios. Pessina recogió sus trabajos menores (discursos, artículos, informes, etc.) en una colección de ocho tomos, cuyos tres últimos volúmenes han aparecido dentro de estos ocho últimos años que estoy historiando en la presente crítica bibliográfica: *Discorsi varii*, Nápoles, Casa editrice napoletana, 1913-1916. Además, Enrique Pessina se encargó de la dirección de una de las obras más monumentales que ha producido la ciencia penal moderna y que, terminada en lo que respecta al Derecho penal, se continúa aún, después de la muerte de su Director, con la materia del procedimiento. Me refiero a la bien conocida *Enciclopedia dei Diritto penale. Racolta di monografie, a cura di* ENRICO PESSINA, catorce volúmenes, en que han colaborado escritores de renombre, Milán, Società editrice libraria, 1905-1913. La parte segunda, *Procedura*, se publica en fascículos; constará de seis volúmenes, y el primero, ya completo, lleva fecha de 1920, aunque es de advertir que se hallan en publicación, con fecha anterior, algunos tomos posteriores; así, por ejemplo, los fascículos impresos del volumen cuarto son de 1918.

Voy a ocuparme ahora en la ESCUELA POSITIVISTA. El primer hecho que importa destacar es que, en estos últimos tiempos, atenúan sus partidarios algunos de sus más extremos postulados, modificando su táctica hasta el punto de que, aunque la afirmación suene a sacrilegio y se moteje de aventurada, me he atrevido a decir que los propios positivistas han entrado en una fecunda

Digitized by Google

fase de positivismo crítico (1). ENRIQUE FERRI, hoy jefe de la escuela y uno de los más altos representantes de la ciencia penal del mundo, encauzó sus estudios en un sentido sociológico, que es actualmente el dominante. De la personalidad de Ferri me he ocupado en anteriores trabajos míos, a los que puede acudirse para conocer sus orientaciones. Baste aquí esta indicación, pues no gusto de repetirme inútilmente (2). Recientísimamente el gran maestro italiano ha coleccionado, en segunda edición, sus mejores defensas ante los Tribunales, en dos gruesos volúmenes, *Difese pènali*, Turín, Unione Tipografico-Editrice, 1923, a las que ha añadido algunos informes civiles, en que ha utilizado los métodos psicológicos y antropológicos, conferencias que se referían especialmente a la defensa penal, y agudos estudios de jurisprudencia. Esta segunda edición de la gran obra de Ferri sale, por su fecha, fuera de la época en que ahora me ocupo, por lo cual será extensamente comentada en otro trabajo de *Bibliografía*, que seguirá al prsente (3).

Errados andarían, a pesar de lo dicho, los que dieran ya por fenecida la tendencia antropológica lombrosina. Hace muy poco que Italia entera rindió un emocionante tributo de honda estima a CÉSAR LOMBROSO, el genial creador de la Antropología criminal. El 25 de septiembre de 1921 se inauguró en Verona, la ciudad natal de Lombroso, un sencillo y elegante monumento debido al cincel del gran Bistolfi, construído con el producto de la suscripción abierta entre las principales naciones del mundo. Al solemne acto asistieron: HEGER GILBERT, profesor de la Universidad de Bruse-

(1) Vid. mi *Derecho penal moderno y español*, en *Adiciones* a la traducción española del *Programa del curso de Derecho penal* de Francisco Carrara, parte general, vol. I, pág. 22.

(2) Sobre la personalidad de Enrique Ferri pueden verse: Bruno Franchi, *Enrico Ferri. Il noto, il mal noto, e l'ignorato*, Turín, Bocca y Buenos Aires, Cerboni, 1908; y mi artículo *Una entrevista con Enrique Ferri*, en *El Liberal* (de Madrid), 12 de julio de 1921. Vid. también mi *Estudio crítico del Proyecto de Codigo penal italiano de 1921*, Madrid, Suarez, 1922, págs. 28-30.

(3) Sobre esta recopilación de informes de Ferri véase el admirable artículo de Arturo Santoro, *Le "Difese Penali" di E. Ferri*, en *Diritto italico, politico giudiziario settimanale* (Roma), del 7 de marzo de 1923.

Digitized by Google

las; BALTHAZARD, profesor de la Universidad de París; EMILIO ZÜRCHER, profesor de la Universidad de Zürich, y yo. Para la reseña de la inauguración del monumento y de los discursos allí pronunciados pueden verse, además de la Prensa italiana del 26 y 27 de septiembre de 1921, el artículo *Inauguration du monument Lombroso*, en *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, 1921, págs. 1013-1015, y, sobre todo, el folleto *Le Solenni Onoranze a Cesare Lombroso in Verona*, Turín, Bocca, 1922 (1). Coincidiendo con esta solemnidad en honor de su padre, publicó GINA LOMBROSO FERRERO la segunda edición de su admirable obra, *Cesare Lombroso, storia della vita e delle opere*, Bolonia; Zanichelli, s, a, (1921), en cuyas sugestivas páginas se hallará la más completa información sobre Lombroso y sus trabajos.

En uno de mis libros he afirmado que la dirección antropológica se halla hoy en una especie de renacimiento, sobre todo en Norteamérica, donde no son raras las contribuciones al estudio de los estigmas criminales (2). En la misma Italia continúa M. L. PATRIZI la tendencia antropológica, si bien dándola un nuevo y seductor aspecto biopsicológico, en sus elegantes trabajos *Dopo Lombroso. Nuove correnti nello studio della genialità e del delitto*, Milán, Società editrice libraria, 1916, y *Un pittore criminale. Il Caravaggio e la nuova critica d'arte. Ricostruzione psicologica*, Recanati, Stab., Tip. Simboli, 1921, que son, entre otras, sus obras más salientes. Dice Patrizi que el período osteológico morfológico de la antropología criminal, el de las orejas en asa, de las grandes mandíbulas, de las facies patibularias, está superado: "Se puede nacer delincuente (*nascitur*); pero especialista del delito se deviene (*fit*)" (pág. 100 del primero de los libros mencionados). Yo he afirmado, y no me retracto, que la teoría de Patrizi es antropológica. ¿Es que, en oposición a la corriente sociológica del delito, no representa la psicología una tendencia de orden antropológico?

El grande impulso y la inusitada importancia que ha adquirido la doctrina médicobiológica de las secreciones internas, ha abierto

---

(1) En uno de los volúmenes de mis *Trabajos del Seminario de Derecho penal* pienso publicar íntegro el discurso que allí pronuncié.

(2) Vid. mis *Adiciones* citadas al *Programa* de Carrera, vol. I, página 22, nota 1.

Digitized by Google

cauces insospechados a la teoría antropológico-criminal. Los estudios de las alteraciones que pueden producir en la morfología humana, la hiperfunción de ciertos órganos endocrinos, continuados recientemente por VIDONI, en su artículo *Contributo allo studio delle disforme endocrine*, en *Archivio di Antropologia criminale, Psichiatria e Medicina legale*, vol. XLI (1921), págs. 438-457, que sigue en los otros fascículos, han sido aprovechados por NICOLÁS PENDE, profesor en Bolonia, para trasladarlos al campo de la Antropología criminal, en su interesantísimo opúsculo *Dalla Medicina alla Sociologia*, Palermo, Prometeo, 1921, págs. 32 y sigs. Así hallarían explicación, muchos de los estigmas que Lombroso encontró, en un aumento de esas elaboraciones íntimas, sin las que nada funcionaría en el ser vivo. Pero, en mi sentir, de estos nuevos derroteros emprendidos por la ciencia médico-biológica más puede temer que esperar la construcción lombrosiana del tipo delincuente. Si las anomalías somáticas se deben a los desequilibrios funcionales de las glándulas de secreción interna, desaparece su significado de atavismo y de detención en el desarrollo que Lombroso las dió, utilizando para sus fines los fenómenos de filogenia y ontogenia.

Sería, pues, vano e inexacto afirmar que la escuela positiva está abatida y que se halla en sus últimos días de existencia. Como todo lo que vive, se modifica; pero aún no ha muerto, ni parece próximo el día de su extinción. En la actualidad funciona, creada por los positivistas en Roma, una *Scuola d'applicazione giuridico-criminale*, fundada y dirigida por ENRIQUE FERRI, y en la que figuran como profesores: SERGI, DE SANCTIS, ASCARELLI, GIANELLI, OTTOLENGHI, NICEFORO, SATTA, FRANCHI, GRISPIGNI y LONGHI (1).

En suma, la escuela positiva se halla hoy en un grande esplendor; pero me importa señalar aquí un hecho de singular relieve para la Bibliografía jurídicopenal italiana: el sesgo jurídico que toman desde hace algunos años los positivistas de Italia.

---

(1) Cf. los folletos editados por esta Escuela: *La Scuola d'Applicazione Giuridico-Criminale a Roma e il Corso di Storia naturale del delitto a Torino*, Estratto dalla *Scuola positiva*, febbraio 1912 (N. 2, an. XXII), y *Scuola d'Applicazione Giuridico-Criminale*. Estratto della *Scuola positiva*, N. 1-2, an. XXIV (Gennaio Febbraio 1914).

Digitized by Google

Los más caracterizados defensores de la tesis positivista no piensan en los orígenes de la escuela, en dar una base antroposociológica al Derecho penal; lo que hacen es negar su existencia o reducirle a un capítulo de la Sociología criminal. Pero el tiempo va sedimentando las ideas fuertemente innovadoras, y, al fin, los positivistas aplican sus grandes aportes a la construcción técnica del Derecho penal; pasados los primeros años de áspero y rudo combate, que produce, por reacción, las estridentes exageraciones, se aprestan los positivistas italianos a la construcción de tratados jurídicopenales.

Nadie ha afrontado con mejor fortuna que EUGENIO FLORIÁN —el infatigable e inteligentísimo profesor de Módena— la grande y difícil empresa. Esta obra lleva por título *Trattato di Diritto penale italiano,* y se ha editado por la casa Vallardi, de Milán. Es un trabajo de colaboración, en el que han ido variando los colaboradores —sobre todo de la edición primera o la segunda— por muerte o por renuncia a la tarea. En la actualidad cooperan a la obra: E. ALTAVILLA, R. BABBONI, E. FLORIÁN, U. GAVAZZI, G. GIURIATI, M. MANFREDINI, V. OLIVIERI, P. VIAZZI y A. ZERBOGLIO. El *Tratado* consta de doce volúmenes, el primero de los cuales, compuesto por Florián con el título de *Reati e pene in generale,* fué publicado primero en 1901 y después, en "otra edición", en 1906; luego fueron editándose los volúmenes restantes. La "segunda edición" de este volumen primero la preparó Florián en junio de 1910, y, como la materia tomó proporciones insospechadas, se vió precisado a dividirla en dos partes, cada una de las cuales constituyó un tomo. El primero de ellos fué traducido al español en Cuba, según hice constar antes (1). Este *Tratado* va reeditándose todo él en segunda edición, a medida que se agota cada tomo. Ultimamente se han reimpreso el volumen IX, *Dei Delitti contro in buon costume e l'ordine delle famiglie,* por MARIO MANFREDINI, Milán, Vallardi, 1921; y el volumen X: *Delitti contro la persona,* por ENRIQUE ALTAVILLA, Milán, Vallardi, 1921. La segunda edición del tomo III, en que trata EUGENIO FLORIÁN de los *Delitti contro la libertà,* se halla en prensa.

(1) Vid. atrás, pág. 58.

Digitized by Google

Con logro menos lisonjero ha emprendido también la publicación de un Tratado jurídico-penal, sobre los principios positivistas, el profesor de la Universidad de Catania, que acaba de morir, FRANCISCO DE LUCA, *Principii di Criminologia*, Catania, Giannotta, vol. I, 1916; vol. II, 1920. El autor, a pesar del título, intenta escribir un tratado de Derecho penal, como lo prueba el cuadro de materias que comprenden los dos tomos únicamente publicados. El primero, *Parte generale* (*Legge penale, Reato, Delinquente*), y el segundo, *Parte generale* (*Circostanze discriminanti, scusanti ed aggravanti*). Ello se revela aún más claramente, en las propias frases de Luca que, considerando incompleto (!) el Tratado de Florián, declara que "estos Principios de Criminología tienen como fin principal, intentar una coordinación sistemática o un programa completo de las teorías expuestas desde hace más de un trentenio por la escuela positiva penal..." (página 5 del vol. I). El autor se cree obligado a explicar el porqué de su título: "Preferimos a la antigua denominación de Derecho penal y de procedimiento penal, la denominación de Criminología, no por un deseo de nuevas palabras, sino porque al contenido nuevo o radicalmente modificado de una ciencia, conviene que corresponda un nuevo título que designe ese contenido." (págs. 122-123 del vol. I). Desgraciadamente, esta obra es inferior al propósito que la guió, si bien se hallan en ella muchos pensamientos estimables. Me parece censurable que se haga de la materia científica palenque de asuntos que le son enteramente ajenos. No es serio que Luca tome parte en la pasada contienda guerrera armado de la pluma, incluyendo en su clasificación de los criminales, dentro del grupo de los delincuentes ambiciosos, a los "Gobiernos de Austria y de Alemania, responsables de la presente espantable conflagración europea" (pág. 515 del vol. I). La crítica italiana ha reconocido los defectos de este libro. Dejando a un lado la excesiva censura de la *Rivista Penale* (1), he de destacar que sus mismos amigos de *La Scuola Positiva*, confiesan "que la obra que examinamos no corresponde a la fase alcanzada por la escuela positiva, y que, dado el desarrollo científico e incluso puramente jurídico a que

(1) Vol. LXXXV (1917), pág. 323.

Digitized by Google

nuestro pensamiento ha llegado hoy, habríamos podido esperar más de la fuerte inteligencia de De Luca" (1).

Hablando de la tendencia jurídica moderna de los positivistas italianos, es preciso mencionar el nombre de FELIPE GRISPIGNI, profesor en la Universidad de Camerino y en la "Scuola d'applicazione giuridico criminale" de Roma, que representa, más claramente que otro alguno, el "positivismo jurídico criminal". Los claros y elegantes escritos de Grispigni han ido publicándose, ante todo, en *La Scuola Positiva*, que Ferri dirige, y también en la *Rivista di Diritto e Procedura penale* de Florián. De muchos de sus artículos hizo su autor una corta edición separada. Entre todos destacaré estos tres, por ser aquellos en que mejor se refleja el punto de vista de Grispigni, que estudió en Berlín, con von Liszt: *La dommatica giuridica e il moderno indirizzo nelle scienze criminali*, Milán, Vallardi, 1920; *Il carattere sancionatorio del Diritto criminale*, Milán, Vallardi, 1920, y *La sanzione criminale nel moderno Diritto repressivo*, Milán, Società editrice libraria, 1920. Hace tiempo que el autor prepara una obra de gran estilo, que aguardamos ansiosos: *Il concetto del Diritto criminale*. A pesar de que el propio Grispigni ha citado este trabajo suyo como editado ya en Roma por Signorelli, en 1920, el esperado libro no ha visto aún la luz. Una parte de él la anticipó el autor, en su admirable artículo *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, en *La Scuola Positiva*, 1920, págs. 97-141, que constituye lo más construído y hondo que sobre el tema se ha escrito.

Entre los juristas de la escuela positivista merece también especial recuerdo ARTURO SANTORO, uno de los espíritus más sagaces y sugestivos que conozco; en la actualidad es redactor jefe de *La Scuola Positiva*. Más tarde, al hablar del Proyecto italiano, citaré alguno de sus escritos.

Paso a ocuparme en otra de las tendencias que se disputan el dominio de las ciencias penales en Italia. No es, como la anterior, una teoría definida y con un credo firmemente establecido; es, más bien, como la dirección clásica, un conjunto de

(1) Recensión de Alfonso Sermonti, en *La Scuola positiva*, volumen XXVII (1917), pág. 51.

Digitized by Google

doctrinas, que entre sí poseen, a veces, criterios dispares. Es, en realidad, una POSTURA INTERMEDIA entre las dos escuelas mencionadas ya. A la tendencia más conservadora de esta posición ecléctica, le cuadra bien el nombre de NEOCLÁSICA; pero a los más avanzados de sus representantes convendría mejor llamarles NEOPOSITIVISTAS. Acaso los nombres de POSITIVISMO CRÍTICO (Alimena) y POSITIVISMO JURÍDICO (Manzini), sean los más certeros. Desde luego rechazo esa inocente titulación numérica de *terza scuola,* de que ALIMENA y CARNEVALE hablaron al principio, pues en tal caso habría que acudir a una *quarta scuola,* para catalogar las más modernas posiciones de LONGHI.

BERNARDINO ALIMENA, que fué de los primeros en hablar de un "positivismo crítico", nació en Cosenza el 12 de septiembre de 1861 y murió, para desgracia de la ciencia, sin haber rendido aún todo su noble esfuerzo, el 30 de julio de 1915, en su ciudad natal, siendo Profesor en la Universidad de Módena. Sus seductores *Principii di Diritto penale* (1), escritos con exquisito gusto y sólido pensamiento, quedaron incompletos, pues el autor murió sin haber publicado el tercer tomo. Se dijo, a raíz de su muerte, que amigos y discípulos pensaban terminar la tarea, reconstruyendo ese tercer volumen con los materiales dejados por Alimena; pero, infelizmente, el propósito, si lo hubo, ha quedado en proyecto. La traducción española de este excelente Manual, se ha hecho dentro de estos últimos ocho años y va mencionada en páginas anteriores (2).

Otro penalista italiano que mantiene una posición neoclásica, es VICENTE MANZINI, Profesor de la Universidad de Pavía y autor del conocido y completísimo *Trattato di Diritto penale,* compuesto de nueve tomos y publicado en Turín, por Bocca, desde 1908 en adelante. Los cuatro últimos volúmenes han visto la luz dentro de la época que estoy reseñando: el sexto, en 1915; el séptimo, en 1918, y el octavo y noveno, en 1919. La segunda edición "aumentada y perfeccionada", se ha publicado ya en Turín, por la Unione tipografico-editrice torinese: el primero y segundo volúmenes se reimprimen en 1920; el tercero, en 1922; el cuarto

(1) Nápoles, Pierro, vol. I, 1910; vol. II, 1912.
(2) Vid. atrás, pág. 10.

Digitized by Google

y quinto, en 1921; el sexto, el séptimo y el octavo, en 1922, y el noveno, en 1923.

Especialísimo recuerdo merece JUAN BAUTISTA IMPALLOMENI, que nació en Milazzo el 29 de octubre de 1820, y que murió en 1907, después de haber sido Profesor en Parma y Roma. Sus teorías van transidas de un positivismo racionalista muy original e interesante. Su obra maestra, *Istitusione di Diritto penale,* fué publicada después de su muerte por su discípulo dilecto VICENTE LANZA, y logra, en 1921, la "terza ristampa dell'edizione postume", editada en Turín por la Unione tipografico-editrice torinese. Al frente de este libro va un estudio de CARNEVALE: *Giovan Battista Impallomeni. Discorso commemorativo nel primo anniversario della sua morte letto nell'aula magna dell'Università di Palermo,* pleno de emoción cordial.

Una postura *neopositivista,* más que *neoclásica,* adopta el *Commendatore* SILVIO LONGHI, Profesor extraordinario en la Universidad de Roma y consejero de la Corte de Casación de la misma ciudad. La posición de Longhi se destaca por la honrada y noble tendencia de acallar, con una fórmula conciliadora, la lucha entre las escuelas clásica y positiva. Su teoría no encaja en la llamada *terza scuola,* y, como antes he dicho, habíamos de decidirnos a escoger otro número cardinal para designarla, si nos entusiasmara este sistema de determinación numérica. Esta *quarta scuola* se caracterizaría, a más de por sus principios preventivos, por una extrema consideración hacia las tesis de los positivistas, correspondida, por parte de ellos, con una benévola acogida de las ideas y obras de Silvio Longhi. El más considerable libro del autor es su *Repressione e prevenzione nel Deritto penale attuale* (1), cuyos pensamientos rectores formula ahora legislativamente en un recientísimo trabajo, tan estimable como el anterior, publicado con el título *Per un Codice della prevenzione criminale,* Milán, Società editrice "Unitas", 1920, del que me ocuparé luego en una nota crítica (2).

Un autor, que sería erróneo incluír en el positivismo, y cuya orientación creo encaja mejor en el positivismo crítico, es GUI-

(1) Milán, Società editrice libraria, 1911.
(2) Vid. adelante, recensión 22.

Digitized by Google

LLERMO SABATTINI. Su obra capital, que peca de obscuridad, se titula *Principii di sciencia del Diritto penale*. El primer volumen apareció en Catanzaro, editado por Silipo en 1918; el segndo, dedicado a *Il Reato,* ha visto la luz en Catanzaro, impreso por el establecimiento tipográfico "La Giovine Calabria", en 1921; y muy pronto se publicará el tercero, sobre la pena. Para entonces me reservo hacer sobre este libro una nota crítica. Recientemente ha publicado Sabattini un artículo sobre *La pesicolosità criminale come stato subbiettivo criminoso,* en *La Scuola positiva e Rivista di Diritto e Procedura penale,* nueva serie, año I (1921), páginas 253-262. Su tesis es ecléctica, ya que continúa hablando de imputabilidad y distingue una doble causalidad delictiva, cuya rama segunda es el peligro del agente (1).

Creo haber señalado las tendencias imperantes en Italia en materia penal, destacando sus más caracterizados representantes; ahora enunciaré algunas otras muestras de la producción italiana actual, que completan la Bibliografía acabada de exponer.

Iníciase entre los penalistas italianos una tendencia a elaborar MANUALES CORTOS, verdaderos compendios, similares a los *Grundrisse* alemanes. A esta clase de literatura pertenecen: el libro de ALFREDO POZZOLINI, estudioso profesor de la Universidad de Pisa (2), intitulado *Istituzioni di Diritto penale italiano,* cuyo volumen primero —único publicado— trata de *Prenozioni e generalità. Le norme generali del Diritto penale,* Florência, Barbèra, 1921, que examinaré después (3), y la obra de MANFREDO PINTO, "Professore pareggiato" de Derecho y Procedimiento penales, en la Universidad de Roma, *Sistema di Diritto penale italiano. Parte generale,* Milán, Società editrici libraria, 1922, de

(1) Sobre la doctrina de Sabattini, vid. mi *Estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo,* Madrid, Pueyo, 1922. págs. 55-59.

(2) Pozzolini es autor de numerosos trabajos, cuya indicación se hallará en la Bibliografía que acompaña a sus *Istituzioni.* Alguno de ellos ha sido publicado en castellano: *Bases para una teoría positiva de la responsabilidad penal,* en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia,* 1899, pág. 435. El autor ha comenzado a publicar una colección de estudios suyos: *Scritii giuridici,* vol. I, Pisa, Officina Arti Grafiche "Folchetto", 1920.

(3) Vid. adelante, recensión 19.

Digitized by Google

la que también hablaré luego más extensamente (1). La tendencia neoclásica se acusa en ambos libros; pero el autor del primero muestra más simpatías que el segundo por la escuela positiva. Por su parte, el Profesor ADOLFO ZERBOGLIO, de la Universidad de Urbino, acaba de publicar litografiadas sus *Lezioni di Diritto e Procedura penale*, vol. I, Tratazione generale, Padua "La Litotipo", Editrice universitaria, 1922.

Tres obras, de exposición y crítica de los PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL, merecen aquí mención preferente. La primera, en orden cronológico, es la de LUIS PEREGO, *I nuovi valori filosofici e il Diritto penale*, Milán, Società editrice-libraria, 1918, en la que destaca, ante todo, una fuerte tendencia antipositivista. La segunda se debe al abogado de la Corte d'Assise, DOMINGO CIGNA, *Positivismo e Diritto. Sintesi di riforma penale*, Palermo, Trimarchi, 1921, en la que prosigue exponiendo sus particulares concepciones, que antes desarrolló en su libro *Le circostanze del reato nella dottrina, nella legge, nella storia*, Milán, Società editrice libraria, 1916. Todos los trabajos del autor (2) giran alrededor de la idea de que la peligrosidad criminal es tan sólo una circunstancia del delito. Al último escrito de este sedicente positivista, que defiende el concepto clásico de la imputabilidad, dedicaré después una nota bibliográfica (3). La tercer obra, primera por su acertada e imparcial composición, es la de ADELMO BORETTINI, *Tutela giuridica e difesa sociale*, Milán, Società editrice libraria, 1922, que luego examinaré más extensamente (4). El autor había escrito antes dos excelentes trabajos sobre Romagnosi, que no debo silenciar, puesto que han visto la luz dentro de la época que reseñó: *La teoria della difesa indiretta (Studio sull'individualismo in G. D. Romagnosi)*, Milán, Società editrice libraria, 1915; y *L'individuo e la società nella Genesi del Diritto penale di G. D. Romagnosi*, en *Rivista penale*, vol. LXXIX, fascículo II.

---

(1) Vid. adelante, recensión 20.

(2) Vid. Los que el mismo menciona en su último libro (págs. 217-218), y el último publicado en *Rivista penale*, 1921, fasc. de octubre, páginas 301-310.

(3) Vid. más adelante, recensión 21.

(4) Vid. más adelante, recensión 23.

Digitized by Google

Citaré, además, por su reciente fecha, con una relativa sistematización, las monografías siguientes: EMILIO COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bolonia, Zanichelli, 1921; GUILLERMO SABATINI, *Delitti, delinquenti e pene nella Divina commedia*, Catanzaro, Tip. Gaetano Silipo, 1921; FRANCISCO SCADUTO, *Tomaso Natale precursore del positivismo penale*, Palermo, Trimarchi, 1921; M. FINZI, *Mario Pagano criminalista*, Turín, Bocca, 1915; FELIPE MANCI, *Studii di Sociología penale*, Messina, Est. tip. "Eco di Mesine", 1920, colección de artículos sobre "El principio de la normalidad", "Los reincidentes y la idoneidad de la pena", "Delincuencia de clase" y "Tóxicos y toxicomanos"; FELIPE MANCI, *Le passioni e il Diritto penale*, Mesina, Giuseppe Principato, edit., 1921; DANTE SOLDANI-BENZI, *Il perchè e il come della lotta contro la delinquenza*, Florencia, Ramella, 1922; ENRIQUE ROMANO DI FALCO, *Politica penale*, Catania, Tipp. Viaggio, 1922; E. SIGHELE, *La coppia criminale. Psicologia degli amori morbosi*, 3.ª edición, aumentada y completamente rehecha; reimpresión, 1922, Turín, Bocca; SALVADOR OTTOLENGHI, *Cosa ha fatto per voi Cesare Lombroso* (Conferencia), Roma, Mantellate, 1922; L. BELLINI, *Una zona di delinquenti d'abitudine. Note e appunti di sociologia criminale*, Turín, Bocca, 1919; JOSÉ VIDONI, *Prostitute e prostituzione*, Turín, Lattes, 1921; FERRANTE CAPETTI, *Reati e psicopatie sessuali*, 2.ª edición, Turín, Bocca, 1922; SILVIO RANIERI, *Il concetto del reato*, Milán, Tacchini, 1921; JOSÉ MELONI, *La colpa penale*, Turín, Un. Tip. Edit., 1920, en que el autor se propone diferenciar científicamente la culpa penal y la civil; JOSÉ FALCO, *Identità. Metodo scientifico di segnalamento e di identificacione*, con prólogo de OTTOLENGHI, Roma, Maglione, 1922; M. FINZ, *I reati di falso*: vol. I, *Bibliografia, Diritto antico, Diritto romano*, Turín, Bocca, 1918; vol. II, *Natura giuridica*, Turín, Bocca, 1920; A. D. TOLOMEI. *Della truffa e delle altre frodi*, Roma, 1915.

En Italia ha sido estudiada la ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y PENAL DE LA RUSIA SOVIÉTICA. En alguno de los trabajos italianos, sobre tan sugestivo tema, no se habla de las nuevas leyes penales rusas, aunque sí de su justicia, como, por ejemplo, en el interesante artículo de ENRIQUE FERRI, *Organizzazione della giustizia nella Russia dei Soviets*, en *La Scuola positiva*, 1920, págs. 36

Digitized by Google

y sigs. En otra de las obras que se ocupan de las leyes rusas, ni aun casi se habla de esa organización del poder judicial, pues apenas llega a página y media lo que le destina José Fragola, en su libro sobre *Gli instituti giuridici del bolscevismo*, Roma, Soc. Editrice Athenaeum, 1921. En cambio, tratan particularmente del nuevo Derecho penal ruso: Mario Cevolotto, *Prime notizie di alcune leggi penali della Republica russa dei Soviets*, en *Eloquenza*, 1920, pág. 200; y un artículo sobre *Legislazione della Russia dei Soviets in materia penale* en *La Scuola positiva*, 1920, páginas 142-156. Haré constar, además, que se ha publicado una edición italiana del libro de Leo Galin, escrito en alemán y traducido también al francés: *Tribunali e pene nella Russia rivoluzionaria*, Turín, Bocca, 1921. Finalmente, *La Scuola positiva*, en el último fascículo del año 1922 (págs. 518-550), publica unas *Prime impressione sul Codice penale sovietista ruso*, de Eugenio Florián, seguidas de la traducción íntegra del nuevo Cuerpo legal, y Arturo Santoro estudia los *Reati e pene nel Codice penale dei Soviety*, en *Diritto italico*, 1923, núm. 1.°; y prosigue su trabajo, con el título de *I delitti nel Codice penale dei Soviety*, en el núm. 2.° del mismo periódico.

Publícanse en Italia varias revistas especiales de Ciencia penal, que recordaré por el orden en que fueron fundadas, mencionando tan sólo las que siguen apareciendo en la actualidad: *Rivista di discipline carcerari e correttive*, empezada a publicar por Beltrani-Sclalia en 1871; *Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, creada en 1874 y dirigida por Luis Luchini, que es el órgano de la escuela neoclásica; *Archivio di Antropologia criminale, Psichiatria e Medicina legale*, fundada por César Lombroso en 1879, y dirigida hoy por Mariano Carrara; es el portavoz de las doctrinas antropológico-criminales; *La Scuola positiva nella dottrina, giurisprudenza, legislazione comparata*, fundada en 1891 y dirigida en la actualidad por Enrique Ferri; *Rivista di Diritto e procedura penale*, creada en 1909 por Eugenio Florian y Zerboglio; estas dos revistas, representantes del positivismo penal, se han unido en 1921, comenzando una nueva serie, bajo la dirección de sus dos fundadores; *L'Anomalo. Rivista d'Antropologia criminale, Psicopatologia*, etc., fundada y dirigida por A. Zuccarelli; *Dizionario penale. Rivista di Giuris-*

Digitized by Google

prudenza, Dottria e legislazione, que hoy dirigen VICENTE CARBONI y SILVIO LONGHI, donde se da especial importancia a las notas bibliográficas y a la Jurisprudencia; y *Le Cronnache Criminali,* dirigida por LUIS RUSTICCUCI y fundada recientemente, que se ocupa en los delitos cometidos en Italia y en el extranjero, y que contiene artículos sobre Antropología, Psiquiatría y Psicología criminal.

2. EL PROYECTO DE 1921 Y OBRAS QUE LE COMENTAN.

Los estudios de LOMBROSO, FERRI y GAROFALO, alcanzaban la época culminante, cuando en Italia se preparaba el Código de 30 de junio de 1889, y, a pesar de ello, ninguno de los grandes principios del positivismo tomó en él realidad. Pero los tiempos preparan revanchas espléndidas, y al hacerse más viable y pragmático el credo de los positivistas, se han hecho legislables sus principios, cristalizados en el *Proyecto de Código penal de 1921.*

He aquí ahora la causa ocasional que hizo posible el intento de reforma de las leyes penales italianas. Un paisano de FERRI, LUDOVICO MORTARA, originario, como él, de Mantua, y que estudió en la misma Universidad, fué nombrado Ministro de Justicia. Cuando fué nombrado Ministro-guardasellos se dirigió a Ferri, preguntándole si estaba dispuesto a trabajar ahincadamente en la reforma de las leyes penales, y a consecuencia de la respuesta afirmativa se hicieron los nombramientos de la "Comisión real para la reforma de las leyes penales", por el Real decreto de 14 de septiembre de 1919, publicado en la *Gazz. uff.* del 29 del mismo mes y año.

La *Relazione* que acompaña al Decreto —debida a MORTARA— afirma la necesidad de que se atienda a "las condiciones personales del delincuente". En ella se fija, como base de la penalidad, la defensa social, y se adopta la *pericolosità criminale,* como el criterio con el que debe ser construído el nuevo sistema de sanciones y de medios defensivos. Se establecen, en esta *Relazione,* dos categorías fundamentales de delincuentes: los de ocasión y los habituales, haciéndose notar la necesidad de un diverso tratamiento para cada uno.

A Italia —cuna de la ciencia penal— estaba reservada la glo-

Digitized by Google

ria de presentar al mundo un Código inspirado en las más nuevas direcciones, en que el estado peligroso es la base primordial y la norma de la penalidad.

Antes de publicarse el *Proyecto,* escribió Enrique Ferri un admirable artículo sobre la reforma de la justicia penal en Italia, que fué reproducido por un gran número de revistas italianas y extranjeras: *La riforma della giustizia penale in Italia,* en *La Scuola positiva,* 1919, págs. 433 y sigs.

La parte general del *Proyecto,* que representa un avance gigantesco en la marcha de la legislación, ha sido publicada con el título de *Proyecto preliminar de Código penal italiano (libro I),* a principios de 1921, precedida de una interesante *Relazione,* escrita por ENRIQUE FERRI y aprobada por los comisionados (1), al pie de la cual figuran —tras la fecha de *Enero, 1921*— los siguientes nombres: ENRICO FERRI, presidente y ponente; RAFFAELE GAROFALO, ENRICO DE NICOLA, AGOSTINO BERENINI, AUGUSTO SETTI, RAFFAELE DE NOTARISTEFANI, PIETRO ALBERICI, RAFFAELE MAJETTI, ALESSANDRO LUSTIG, EUGENIO FLORIÁN, SANTE DE SANCTIS, SALVATORE OTTOLENGHI y GIULIO C. FERRARI. Secretarios: FILIPPO GRISPIGNI, GIULIO RICI, UGO ALOISI, ALFREDO SPALLANZANI, ARTURO SANTORO y MARIO PIACENTINI.

Los miembros de la Comisión, que firman el *Proyecto,* estuvieron de acuerdo en que la reforma no debía limitarse a una mera revisión y corrección técnica de los preceptos vigentes, sino que debía consistir en una labor sistemática que modificara a fondo el Derecho penal estatuído. Discrepó de este unánime sentir uno de los comisionados, el Profesor STOPPATO, que presentó su dimisión, así como otro de los miembros, CARNEVALE. Ninguno de los dos pudo aprobar el principio de responsabilidad por el

(1) Este Proyecto se publicó primero en *La Scuola positiva;* luego, aprovechando los moldes, vió la luz con el siguiente título: *Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (Libro I). Relazione del Presidente Enrico Ferri, approvata dalla Commissione,* Milán, Vallardi, 1921. Ultimamente se ha impreso por el *Ministerio della Giustizia,* en italiano y en francés (traducción de L. Grimaud): *Relazione sul Progetto preliminare di Codice penale italiano (Libro I), Rapport sur le projet préliminaire de Code pénal italien (Livre I),* Roma, "L'Universelle", 1921; y se ha publicado también en cuatro idiomas: italiano, francés, inglés y alemán.

Digitized by Google

estado peligroso del delincuente —y no por la imputabilidad del sujeto— en que todo el *Proyecto* se basa. Las cartas de dimisión, fechadas, respectivamente, el 21 de diciembre de 1919 y el 3 de enero de 1920, dirigidas al Ministro-guardasellos, han aparecido en *La Scuola positiva*, 1919, págs. 507 y 509. CARNEVALE hizo públicas sus razones dimisionarias, en su comunicado *Prechè mi sono dimesso da membro della Commisione di diforma delle leggi penali*, en *Rivista penale*, 1920, pág. 169.

El *Proyecto* italiano ha sido maravillosamente acogido dentro y fuera de Italia. La "Comisión de reforma de las leyes penales" sólo ha publicado, hasta ahora, el libro primero del futuro Código, es decir la llamada parte general. Falta aún la especial, esto es, la que ha de comprender las figuras delictivas en particular. "En esta segunda parte —me decía FERRI durante mi estancia en Roma— se aceptará, en líneas generales, lo establecido en el vigente Código, que es bastante aceptable desde el punto de vista técnico. Se modificarán, no obstante, las sanciones, y singularmente lo que se refiere a delitos políticos, sociales y económicos." A fines de 1921 examinó la Comisión los *delitos contra la persona*, introduciéndose importantes y modernas modificaciones en la materia de *lesiones personales*, de acuerdo con los progresos técnicos de la Traumatología y de la Medicina legal, y no menos modernas innovaciones respecto de la *difamación*, en las que se acoge el derecho de *censura pública*, existente ya en las modernas leyes inglesas e intentado también en precedentes proyectos italianos (1). Los trabajos de la Comisión se han retrasado algo; según las últimas noticias que he recibido, ENRIQUE FERRI, aislado en su retiro de Rocca di Papa, ha puesto, durante el verano y el otoño pasados, toda su actividad en redactar el libro segundo del *Proyecto*. En noviembre y diciembre ha trabajado la Comisión, y en la primavera de 1923 se pensaba publicar esta última parte del *Proyecto*, con la *Relazione* de Ferri (2). Entrado ya el año 1923, el Profesor de Roma,

(1) Datos comunicados por Arturo Santoro, en su carta fechada en Roma el 16 de diciembre de 1921.

(2) Estas noticias me las ha enviado Enrique Ferri en su carta fechada en Rocca di Papa (Roma), el 7 de octubre de 1922. Puede verse, para los trabajos iniciados sobre la parte especial del proyecto

Digitized by Google

que figura al frente de la Comisión, acaba de escribir un artículo, en el que anticipa, a modo de ejemplo, el sistema que para algunos delitos será adoptado en el libro segundo. Este recientísimo artículo de ENRIQUE FERRI lleva por título *Saggio di applicazione delle norme generali del Libro I ai respossabili di taluni delitti secondo in Progetto di Codice Pen. Ital.*, en *La Scuola positiva e Rivista di Diritto e procedura penale*, nueva serie, año III (1923), páginas 75-82.,

El Parlamento tardará aún en discutir el *Proyecto*, que no es más que una parte de la reforma que se proponen realizar los comisionados. Después del Código penal ha de modificarse el Código de Procedimiento criminal, que aunque es de 1913 y, por tanto, muy moderno, al cambiar el Código substantivo, precisa ser adaptado a él. Luego se necesita emprender la reforma de las leyes de seguridad pública y de imprenta, las más importantes de las especiales en materia penal. Cuando este gran trabajo esté terminado, será el momento oportuno para que el ministro de Justicia, que rija entonces el departamento, recoja las críticas nacionales y extranjeras y haga suyo el vasto plan de nuevas leyes penales, presentándolo a la Cámara.

Este *Proyecto* italiano es la encarnación viviente, en normas legislativas, de un considerable grupo de las tendencias propugnadas durante cerca de un quinquenio por la escuela positivista criminal. En contados puntos ha transigido con algunos de los principios tradicionales. En suma, este documento admirable representa un valeroso avance en el progreso del Derecho penal, pero sería cerrar caminos, que es útil dejar abiertos a la exploración, el considerarle como meta definitiva.

Apenas apareció este *Proyecto* se ha formado ya en su torno copiosísima bibliografía, parte de la cual he recogido en otro de mis libros (1). Los trabajos han salido de plumas de

---

italiano, el artículo de Arturo Santoro, *Enrico Ferri legislatore*, que se referata en *Dizionario penale*, 1922, fasc. III-IV del vol. II, pags. 257-259.

(1) Vid. mi *Estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, Pueyo, pág. 118, nota 4, que continúa en las páginas siguientes, y más completa todavía en la traducción italiana de esta obra mía: *La pericolosità. Nuovo criterio per il trattamento repressivo e preventivo*. Traduzione italiana con prefazione di Enrico Fe-

Digitized by Google

variadas tendencias y de distintas nacionalidades. Sería largo citar los libros y artículos compuestos sobre la reforma penal italiana, y además, sería un tanto inútil, ya que ARTURO SANTORO ha cumplido la tarea coleccionando en cuatro escritos, publicados en *La Scuola positiva* (los dos primeros se han editado además por separado) los juicios expuestos por los escritores italianos y extranjeros sobre el *Proyecto* de 1921: *Le prime accoglienze al Progetto di Codice Penale,* Milán, Vallardi, 1921; *Altri giudizii sul Progetto di Codice Penale Italiano.* Milán. Vallardi, 1922; *Ancora giudizi sul Progetto di Codice penale italiano,* en *La Scuola positiva e Rivista di Diritto e Procedura penale,* nueva serie, año II (1922), págs. 407-425; y, finalmente, *Il Progetto di Codice penale italiano nel recentissimo movimiento scientifico,* en la citada Revista, año III (1923), págs. 128-144. Merece, fuera de lo recogido por Santoro, mención especialísima, el trabajo titulado *Sulla riforma del Codice penale italiano, a proposito del Progetto Ferri. Parere della facoltà di scenze della Università Cattolica del Sacro Cuore in Milano,* Milán, Società editrice "Vita e Pensiero". Véanse, además, los trabajos siguientes, aparecidos en *La Scuola positiva,* etc., nueva serie, año II (1922): GIROLAMO MIRTO, *La psichiatria giudiciaria e il nuovo Progetto di Codice penale,* págs. 40-54; ENRIQUE ALTAVILLA, *Responsabilità legale e sistemi di difesa sociale nel Progetto di nuovo Codice criminale,* págs. 214 y sigs.; PASCUAL VALENTI, *I deliti per amore e la loro sanzione nel Progetto di Codice penale italiano,* págs. 227 y sigs., y BENEDITO LIUZZI, *Osservazioni sul risarcimiento del danno da reato,* págs. 480-477; así como los publicados en otras revistas: F. CAMMASA, *Il libro primo del Progetto del nuovo Codice penale* en *Foro Puglie,* 1922; P. BONOCORE, *I reati della folla e il Progetto del nuovo Codice penale,* en *Circolo giuridico,* vol. LIII (1922), fascs. VIII-IX; LUIS D'ANTONIO, *Come la "Scuola" sconfessi le proprie dottrine,* en *Rivista penale,* vol. XCV (1922), págs. 312-319; ARTURO DEL GIUDICE, *Una innovazione imaginaria nel progetto "positivista" di riforma penale,* en *Rivista penale,* vol. XCVII (1923), págs. 368-371;

---

rri e addizioni e correzioni dell'Autore. Turín, Bocca, 1923, págs. 97-100, nota.

Digitized by Google

TERESA LABRIOLA, *In tema di riforma del Codice penale*, en *Dibatimentti*, 1923, núm. 20. Sobre los trabajos iniciados en la parte especial del *Proyecto* italiano, consúltese el artículo de ARTURO SANTORO, *Enrico Ferri legislatore*, referatado en *Dizionario penale*, 1922, fascs. III-IV del volumen II, págs. 257-259. Algunos otros estudios se han publicado fuera de Italia sobre el *Proyecto* de Ferri, a más de los que cita Santoro en sus recopilaciones; los doy por nota, por no pertenecer, en realidad, a la Bibliografía italiana, según he hecho al tratar de los Proyectos de otros países (1).

Para terminar las noticias sobre la actividad legislativa de Italia en materias penales, mencionaré el *Proyecto de ley para la represión de las substancias "estupefacientes", en particular de la morfina y cocaína*, presentado por el presidente del Consejo BONOMI a la Cámara de los Diputados, el *5 de Agosto de 1921*, aprobado ya por el Senado, con modificaciones introducidas por la Comisión de asuntos interiores, en la sesión de *30 de junio de 1922*, y que puede verse en *La Scuola positiva e Rivista di Diritto e Procedura penale*, nueva serie, año II (1922) págs. 509-517; así como la *Proposición de ley sobre penas pecuniarias*, presentada a la Cámara por el On. MEDA, el *18 de noviembre de 1922*, en la que, atendiendo a la depreciación de la moneda, se establece que esas penas serán aplicadas en "una medida triple" de la prevista en las leyes, elevándose el tipo de conversión de la multa en pena privativa de libertad, a 30 li-

(1) PABLO CUCHE, *Le nouveau Projet de Code pénal italien*, en *Revue pénitentiaire*, 1921, pág. 299; ARTURO BAUMGARTEN, *Der neue Vorentwurf zu einem italienischen Strafgesetzbuch*, en *Monatsschrift für Kriminalpshychologie und Strafrechtsreform*, año XIII (1922), páginas 1-30; EUSEBIO GÓMEZ, *La reforma penal en Italia. El Proyecto de 1921*, Buenos Aires, Jesús Menéndez, editor, 1922; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Estudio crítico del Proyecto de Código penal italiano de 1921*, Madrid, Suárez, 1922; ADOLFO LENZ, *Ein Strafgesetzbuch ohne Schuld und Strafe. Bedeutung und Tragweite des italienischen Vorentwurfes für die Strafrechtsreform in Deutschland und Oesterreich*, Graz, Verlag von Ulrich Mosers Buchhandlung, 1922; GUSTAVO ASCHAFFENBURG, *Die Geisteskranken im Vorentwurf des italienischen Strafgesetzbuches*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, volumen XXXIV (1923), págs. 15-21.

Digitized by Google

ras para cada día de detención o arresto. Esta última proposición de ley se hallará en *Dizionario penale,* 1922, fascs. III-IV del vol. II, págs. 177-178.

VI. FRANCIA

En Francia el CULTIVO DE LAS CIENCIAS PENALES adoleció siempre de poca profundidad. Nada nuevo pretendo descubrir destacando la poca intensidad de sus producciones en materia penal. Los franceses, en este punto, quedan muy por debajo de italianos y alemanes. La llamada *escuela penitenciaria francesa,* sin amplias proyecciones y ausente de originalidad, apenas si traza huellas remarcables en la marcha del saber mundial. Sus doctrinas, desprovistas del gran estilo de las de Italia y Alemania, se hallan aún bajo la tónica del viejo individualismo liberal, que impuso la Revolución francesa. En el orden legislativo queda también rezagada Francia, que se muestra orgullosa todavía de su vetusto Código penal de 1810. El Proyecto de reforma de 13 de julio de 1892, fué un brote aislado, en cuya empresa pusieron los franceses poca perseverancia. Hoy que en toda Europa, y en parte de la América española, se sienten hondas inquietudes en torno a la reforma de los Códigos penales, Francia permanece insensible, sin dar un solo paso por la vía que otros países exploran con fortuna.

Además, dos de los profesores franceses de más renombre en su patria, han desaparecido. El primero que murió fué JORGE VIDAL, siendo Profesor de la Universidad de Toulouse. Su *Manual* no contiene nada nuevo y es sobrado respetuoso con los principios clásicos. Dorado Montero le trató despiadadamente; pero no deja de ser estimable para iniciarse en el Derecho penal. A la muerte de su autor la obra fué "revisada y puesta al corriente de la legislación y de la jurisprudencia" —yo diría más simple y exactamente *estropeada*— por su discípulo y sucesor en la Cátedra JOSÉ MAGNOL: *Cours de Droit criminel et de science pénitentiarie,* 5.ª edición, París, Rousseau, 1916.

El otro Profesor abatido por la muerte es EMILIO GARÇON, catedrático de la Universidad de París, fallecido el pasado vera-

Digitized by Google

no de 1922. Nació el 26 de septiembre en Poitiers, y antes que en París, enseñó Derecho penal en Douai y Lille (1). Gozaba de inmerecida fama, y, a mi juicio, no fué ni aun ingenioso, aunque presumía de ello en sus lecciones de Cátedra. Representa Garçon las doctrinas francesas en su ápice más exagerado: todo su Derecho penal se halla transido de un viejo individualismo liberal, que repugna toda conquista moderna y que glorifica los antiguos Códigos que la Revolución nos trajo. Su más considerable obra es el *Code pénale annoté,* publicado desde 1901. Lo último que ha impreso —el mismo año en que murió— ha sido un pequeño libro de los manuales Payot, en que pretende resumir sus ideas: *Le Droit pénal. Origines. Evolution. État actuel,* París, Payot, 1922, en el que me ocuparé luego (2). Emilio Garçon quiso copiar los *Seminarios* alemanes y las *Escuelas* italianas, y con el otro Profesor de Derecho penal de la Universidad parisiense, GUSTAVO LE POITTEVIN, creó el *Certificat de sciences pénales,* cuyo diploma se obtiene tras de cursar un determinado grupo de enseñanzas y después de redactar una tesis. Esta especie de *Seminario-Escuela* de París ha publicado ya numerosas obras, algunas estimables (3). La de ANDRÉS HENRY, editada dentro de estos ocho últimos años, será mencionada luego.

De la Bibliografía jurídico-penal francesa procede citar, ante todo, tres OBRAS DE CONJUNTO, de las cuales dos han aparecido en nuevas ediciones dentro del período que reseño, y la tercera ha visto la luz por primera vez en el año 1920.

RENATO GARRAUD es autor de las dos primeras. El Profesor de Lyón es uno de los más sólidos juristas franceses y, probablemente, el más permeable a los influjos de la ciencia extranjera. Le es singularmente conocida la literatura penal alemana, que ha dejado en él huella muy perceptible. La tercera edición, "completamente revisada y considerablemente aumentada", de

(1) Véase su necrología, hecha por Pablo Logoz, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht,* vol. XXXVI (1923), págs. 144 y 145.

(2) Vid. en la segunda parte de este trabajo, recensión 26.

(3) Sobre el *Certificat* y las obras publicadas por la Universidad de París, cf. mis *Trabajos del Seminario de Derecho penal,* vol. I. Madrid, Reus, 1922, págs. 8-9.

Digitized by Google

su *Traité théorique et pratique du Droit pénal français,* se halla en curso de estampa por la sociedad Recueil Sirey, en París. El primer tomo de esta edición tercera apareció en 1913; el segundo, en 1914; el tercero, en 1916, y el cuarto, en 1922. Este gran Tratado, que en su primera impresión fué premiado por la Academia Francesa de Ciencias Morales y Políticas con el Premio Wolowski, es un trabajo muy completo, en el que a veces campea un excesivo eclecticismo. También ha aparecido recientemente la 13 edición del *Précis de Droit criminel,* de Garraud, editado por la misma sociedad Recueil Sirey, en París, el año 1921. Este Manual comprende la explicación elemental de la parte general del Código penal, del Código de instrucción criminal y de las leyes que han modificado estos dos Códigos.

El tercero de los libros de conjunto a que me estoy refiriendo, es el de J.-A. ROUX, Profesor de la Universidad de Estrasburgo, *Cours de Droit Pénal et de Procedure Pénale,* París, Recueil Sirey, 1920, al que luego dedicaré una nota crítica (1). Roux es un penalista muy francés, muy apegado a las tesis que Garçon sostenía en defensa de un viejo liberalismo individualista. Toda su obra se halla transida de este espíritu trasnochado, del que dió ya muestras hace años, criticando el Anteproyecto austriaco, que, a su juicio, manifestaba "tendencias claramente destructoras de los principios de la libertad sobre la que, después de la Revolución francesa, ha sido establecido el Derecho penal, no solamente en Francia, sino en toda Europa, que nos ha imitado" (2). Es absurdo que se invoquen, con tan furioso *chauvinismo,* principios de otro siglo.

Si se pasa de las obras generales a los libros que desarrollan temas más ESPECIALIZADOS de la ciencia jurídico-penal, encontramos algunos trabajos dignos de estima.

Merecen especial mención los estudios de DERECHO PENAL INTERNACIONAL, que han recibido en Francia un reciente y considerable impulso. Entre ellos descuella el monumental libro de

---

(1) Vid. más adelante, recensión 24.

(2) *L'Avant-projet de Code pénal autrichien,* en *Revue Pénitentiaire,* 1910, pág. 624.

Digitized by Google

MAURICIO TRAVERS, *Le Droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre,* París, Recueil Sirey. El primer tomo, publicado en 1920, estudia los principios y las reglas generales de competencia de las leyes represivas; el segundo, aparecido en 1921, continúa ocupándose de las reglas de competencia de la ley penal y trata de las excepciones, de la complicidad, indivisibilidad y conexidad, de las anexiones y cambios de nacionalidad, y de la propiedad industrial, artística y literaria; el tercero, editado en ese mismo año, se ocupa en la actuación de la ley penal, actos realizados en el territorio y actos realizados en el extranjero en ejecución de una ley penal extranjera, pesquisas y decisiones represivas extranjeras; el cuarto, que ha visto también la luz en 1921, sigue desarrollando el mismo tema y trata de los actos a realizar fuera del territorio, cooperación internacional, envío de boletines y casilleros, extradición; y el quinto y último, editado en 1922, termina la materia de la extradición, y, después de estudiar la acción civil, finaliza con unos índices generales de toda la obra. Otro libro sobre Derecho penal internacional que merece ser leído, es el de H. DONNEDIEU DE VABRES, Profesor en la Universidad de Montpellier, *Introduction à l'élude du Droit pénal international. Essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger,* París, Recueil Sirey, 1922.

Sobre DERECHO PENAL FINANCIERO ha escrito un trabajo de carácter general M. J. TCHERNOFF, *Traité de Droit pénal financier,* París, Dalloz, 1920, en dos volúmenes, que agotan la materia.

Citaré ahora algunos modernos ESTUDIOS MONOGRÁFICOS. J.-A. ROUX ha escrito sobre los principios fundamentales de prevención y represión, en un reciente libro titulado *La défense contre le crime. Répression et prevention.* París, Alcan, 1922, al que dedicaré luego una nota bibliográfica (1); PABLO FAUCONNET se ocupa de la responsabilidad, en su profundo trabajo *La Responsabilité. Etude de Sociologie,* París, Alcan, 1922, que también será objeto de un breve apunte crítico (2); LELIÈVRE y MARCELO MARTÍN tratan de los menores abandonados y delincuen-

(1) Vid. adelante, recensión 25.
(2) Vid. adelante, recensión 27.

Digitized by Google

tes en sus respectivas monografías: *L'enfance difficile, vicieuse ou delinquente,* Rennes, 1921, y *Les mineurs de treize ans devant la loi pénale (La loi du 22 Juillet 1912. Son application. Ses resultats)*, París, Libraire gral. de Droit, 1922; VESPASIANO V. PELLA investiga muy superficialmente la criminalidad y punibilidad de las corporaciones, en su poco sólida tesis *Aperçu sur la criminalité collective. L'esprit de corps et les problèmes de la responsabilité penalé,* París, Sagot, 1920, que después criticaré (1); CAPITAN lanza un tendencioso folleto contra los alemanes, *La pysichologie des allemands actuels. Alcooliques, fous et criminels,* París, Alcan, 1915; EDMUNDO LOCARD estudia problemas de psicología judicial y de policía científica en sus bien fundados trabajos: *La police: ce qu' elle est, ce qu' elle devrait être,* París, Payot, 1919, y *L'enquête criminelle et les méthodes scientifiques,* París, Flammarion, 1920; LUIS CREMIEU y el griego EUSTAQUIO ANANIADÈS, publican un opúsculo informativo y crítico sobre Derecho militar, *La Justice militaire. Etude critique a propos de la réforme de la Justice militaire en Grèce,* París, Rousseau, 1919; y VESPASIANO V. PELLA —antes mencionado— aborda el delito de especulación ilícita, en su obra *Le délit de spéculation ilicite,* prologada por ALFREDO LE POITTEVIN, París, 1920. La obra más reciente de la literatura penal francesa es el libro de LORULOT, *Crime et Société,* París, Stock, 1923 (2).

El DERECHO PENAL DE LA RUSIA SOVIÉTICA ha sido dado a conocer en Francia por Labry, *Une legislation communiste,* París, 1920, cuyas páginas de materia criminal se refieren más a la organización de los jueces que al sistema de penas. Además, el libro de Leo Galin, que se tradujo al italiano, ha sido también vertido al francés por OULEVEY y editado en París el año 1920 por la casa Rousseau, con este título: *Système pénal de la Russie révolutionnaire, de l'origine au début de 1920.*

Publícase en París una revista especializada, órgano de la ve-

---

(1) Vid. más adelante, recensión 28.

(2) La fecha de este libro le hace salir del período que aquí comento; por ello será criticado en el trabajo de Bibliografía que seguirá al presente.

Digitized by Google

tusta *Société générale des Prisons,* que se titula *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* y que lleva cuarenta y seis años de existencia.

Ya dije, al empezar a ocuparme en la literatura penal francesa, que el deseo innovador de los Códigos penales que se siente hoy en Europa no alcanza a Francia. No hay, pues, recientes proyectos de completa reforma penal. Sin embargo, algunas MODERNAS LEYES y algún que otro intento de instaurar ciertos institutos penales, se han dado allí, remozando, aunque en mínima parte, el Código napoleónico.

La *Ley de 22 de mayo de 1915* transforma el carácter del encubrimiento receptador. Sabido es que en el Código de 1810 se penaban el favorecimiento (art. 61) y la receptación o *recel* (artículos 62 y 63) como actos de codelincuencia; pues bien, después de esa Ley de 1915 el favorecimiento mantiene su antiguo significado; pero, en cambio, la receptación constituye por sí misma un delito distinto. La citada Ley suprime los arts. 62 y 63 y lleva a los 460 y 461 (cuyos números estaban vacíos por haber sido derogados los preceptos que los llenaban, en virtud de disposiciones anteriores) la figura del delito de receptación, con un título propio que dice: "*Du recel.*" A tenor de los nuevos preceptos la receptación será castigada con las penas previstas en el Código francés, para una de las clases de robo, de que trata el art. 401. Sobre esta importante Ley francesa véanse: el estudio colectivo publicado bajo la dirección de E. GARÇON, por ANDRÉS HENRY, con la colaboración de BEAUCHAIS, DERUMAUX, EMMANUEL, FARCHY, KORAL y ROUDENKO, *Le recel délit distinct. Commentaire de la loi du 22 mai 1915,* número 11 de los *Travaux de la Conférence de Droit Pénal de la Faculté de Droit,* París, Sirey, 1915, y la monografía de DE VALLES, *Le délit de recel d'après la loi du 22 mai 1915,* París, Rousseau, 1916, donde se analizan sus orígenes, importancia, ventajas, inconvenientes y lagunas.

Son bien conocidos los *proyectos franceses para establecer una ley del perdón judicial,* muy numerosos antes de la guerra (1), y

(1) Véase, sobre ellos, información y literatura en el libro de JOSÉ ANTÓN *El perdón judicial,* Madrid, Impr. de la "Revista de Archivos", 1922, págs. 65 y sigs.

Digitized by Google

que se continúan cuando la paz se firma. Durante el año 1917 ENRIQUE CHÉRON y ERNESTO CAUVIN presentaron al Senado una proposición, objeto de un informe favorable, por CARLOS DELONCLES, quedando sobre la mesa del Senado en 29 de noviembre de dicho año. Abierto el debate en 1918 y de acuerdo con las modificaciones propuestas por SIMONET, se reformó el *Proyecto* por la Comisión; mas, a pesar de haber sido mayoría los oradores en pro de la nueva medida de indulgencia, fué desechada el 14 de febrero de 1918 por 130 votos contra 110. El 8 de marzo del mismo año PABLO MENNIER presenta a la Cámara una nueva proposición sobre el perdón judicial, y el 14 de noviembre de 1918 CHÉRON y CAUVIN reproducen su iniciativa. Estas dos proposiciones no tuvieron mejor éxito que las precedentes. Puede consultarse sobre estos proyectos, no logrados, el *Rapport de* LELOIR, en *Revue pénitentiaire*, 1919, págs. 25 y sigs. (1).

VII. BELGICA

Dentro de estos ocho últimos años, que aquí estoy historiando, ha perdido Bélgica su más preeminente personalidad penal: ADOLFO PRINS, que, después de larga y fecunda vida, murió el 29 de septiembre de 1919, a los setenta y cuatro años de edad (2). PRINS fué, con VAN HAMEL y VON LISZT, el fundador de la Unión Internacional de Derecho Penal, en 1889, y mantuvo siempre un moderno criterio defensista bastante avanzado y certero. Durante mucho tiempo tres de sus principales obras perdurarán, no sólo en Bélgica, sino fuera de ella. Su *Ciencia penal y Derecho positivo* (3) es el arquetipo de lo que debe ser un Manual para estu-

(1) Cf. también el artículo de TAMBARO *Una nuova legge del perdono*, en *Tribuna Giudiziaria*, 1918, vol. XXXII; y el libro antes citado de JOSÉ ANTÓN, *El perdón judicial*, págs. 78-80.

(2) Véase su necrología en *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, 1920, pág. 1, y otra, acompañada de un estudio sobre sus obras, por Mil. R. Vesnitch, *Un criminaliste sociologique belge. Adolphe Prins*, en *Revue pénitentiaire*, 1920, págs. 58-71.

(3) *Science pénale et Droit positif*, Bruselas y París, Bruylant y Marescq, 1899.

Digitized by Google

diantes; y sus dos breves obras, *Criminalidad y represión* (1) y *La defensa social y las transformaciones del Derecho penal* (2), encierran, en pocas páginas, un considerable número de densas ideas y un sistema de defensa social perfectamente orientado.

Después de la declaración de guerra se ha escrito poco en Bélgica, sobre materias penales; apenas si han atraído la atención de los escritores belgas más que dos temas, cuyo cultivo tiene allí singular arraigo: la *Infancia delincuente y abandonada* y la *Policía científica*. He aquí cuatro estudios en que se investigan tales asuntos: ENRIQUE VELGE, *La protection de l'enfance en Belgique. Son passé, son avenir*, Bruselas, Goemaere, 1919; GHEUDE, DECROLOY, BOULANGER, WETS y VAN WAESBERGHE, *Les établissements affectés aux enfants de justice en Angleterre*, Bruselas, Weissenbruch, 1920; TH. BORGERHOFF, *Le service belge d'identification judiciaire*, Bruselas, Imprenta del Moniteur Belge, 1921; GODDEFROY, *Manuel élementaire de police technique*, Bruselas, Lurüer, 1922. En una cuestión de *antropología criminal*, se ha ocupado VERVAECK, *Le poids corporel des délinquants belges*, Bruselas, Imprimerie Médicale et Scientifique, 1921.

La producción científica belga en los asuntos penales, tal vez no se exteriorice en libros por tener, como medio de fácil comunicación con el público, una EXCELENTE REVISTA ESPECIALIZADA: *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, fundada en 1907 por RYCKERE y JASPAR, con la que se han fundido, en 1921, los *Archives Internationales de Médecine légale*, fundados por CORIN y GILBERT.

En la vía legislativa son dignas de especial mención las REFORMAS PENITENCIARIAS belgas, inspiradas en las ideas de la escuela positivista italiana, por las que se ha establecido un servicio antropológico en las prisiones, creando verdaderos laboratorios antropológico-psiquiátricos anexos a las cárceles. Una experiencia decisiva se hizo gracias al Ministro RENKIN, que fundó un Laboratorio de Antropología y de Psiquiatría criminal en la prisión de Forest. Un *"arrête" real de 30 de mayo*

(1) *Criminalité et repression*, Bruselas, Muquart, 1886. Traducción española de Núñez Arenas, Madrid, Reus, 1911.

(2) *La défense sociale et les transformations du Droit pénal*, 1910. Traducción española de Federico Castejón, Madrid, Reus, 1912.

Digitized by Google

de 1920, extiende las funciones de ese servicio antropológico, y otro posterior, de *30 de septiembre del mismo año*, le da aún más amplitud. Los dos han sido refrendados por el Ministro VANDERVELDE. Merced a estos Laboratorios se podrá establecer una fundamental seriación de los delincuentes, separando a los anormales, que irán a parar a la enfermería psiquiátrica. Sobre estas reformas penitenciarias pueden consultarse los trabajos de HEGER-GILBERT, *Les réformes du régime pénitentiaire*, en *Revue de Droit pénal et de Criminologie et Archives internationales de Médecine légale*, año I (1921), pág. 3 y sigs; y de ERNESTO BERTRAND, *Les réformes pénitentiaires*, en *Revue* mencionada, año cit., págs. 248 y sigs. y 337 y sigs. (1).

VIII. INGLATERRA Y NORTEAMERICA

He de ocuparme primeramente en la LITERATURA JURÍDICO-PENAL INGLESA.

Los escritores ingleses de Derecho, suelen ser poco dados a escribir páginas de doctrina y componen sus obras sobre las leyes y la jurisprudencia inglesa. Por eso, más que tratadistas son comentadores. El sistema, que empieza con GUILLERMO BLACKSTONE (2), Profesor en Oxford, sigue con H. J. STEPHEN (3) y con SEYMOUR F. HARRIS (4), llegando modernamente a KENNY

(1) En Alemania se ha dado también noticia de las reformas belgas: HENRY PHILIPP, *Gefängnisreform in Belgien*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. XLIII (1922), págs. 531-532.

(2) *Commentaries on the laws of England*. Hay traducción francesa titulada *Commentaires sur les lois angloises*, por M. D. G. ***, sobre la 4.ª edición de Oxford, Bruselas, MDCCLXXVI. El tomo cuarto es el que trata de Derecho penal.

(3) *Summary of the Criminal Law*, Londres, 1834; y su refundición de la obra de Blackstone, *New commentaries of the laws of England*, 7.ª edición, 1873, cuyo volumen cuarto versa sobre Derecho penal.

(4) *Principles of the criminal law*, 10.ª edición, Londres 1904. Hay una excelente traducción italiana de Bertola, *Principii di Diritto e procedura penale inglese*. Verona, Tedeschi, 1898.

Digitized by Google

cuyo libro mencionaré en seguida. Pero como el Derecho penal inglés, disperso en leyes y en fallos de sus tribunales, es difícil de conocer, resultan utilísimos esos libros, y singularmente el del último de los escritores aludidos, por ser elemental y bastante metódico.

Realmente, el Derecho penal inglés —como señala GARÇON en el bien escrito Prólogo que ostenta la traducción francesa de la obra de KENNY— no difiere en lo fundamental del Derecho europeo del continente; pero, en cambio, su técnica está muy alejada de la que emplean los otros pueblos, debido a que el Derecho inglés no ha sufrido el influjo de ninguna otra legislación criminal moderna, permaneciendo puro y limpio de toda imitación y desenvolviéndose de un modo libre y espontáneo. Tiene, pues, su terminología propia, sus categorías particulares y su profunda originalidad.

ADRIANO PAULIAN ha traducido al francés, aceptablemente, la conocida obra de COURTNEY STANHOPE KENNY, Profesor de Derecho inglés, en el *Downing College* de Cambridge, que, basada en las conferencias dadas en la Universidad de dicha ciudad, se publicó bajo el título de *Outlines of Criminal Law* (1). He aquí la reseña bibliográfica de la edición francesa, a la que luego dedicaré una nota crítica (2): *Esquisse du Droit criminel anglais*, traducción de la novena edición, con un prefacio del profesor EMILIO GARÇON, París, Giard, 1921.

Un interesante trabajo inglés sobre *Criminología* ha escrito recientemente H. B. IRVING, *Last studies in Criminology* (Ultimos estudios de Criminología), Londres, Collins, 1921.

Pasando a NORTEAMÉRICA. he de citar primero dos relevantes obras, de fecha moderna: la de PARMELEE y la de LEWIS.

MAURICIO PARMELEE, Profesor en varias Universidades norteamericanas y actualmente Cónsul general de los Estados Unidos en Berlín, escribe un libro breve, pero sustancioso, con el título de *Criminology*, Nueva York, The Macmillan Company, 1918. Con evidente exageración, incluí yo esta obra entre las

---

(1) KENNY es autor, además, de una excelente recopilación de jurisprudencia: *Select Cases in Criminal Law*, Cambridge, University Press.

(2) Vid. más adelante, recensión 29.

Digitized by Google

de los secuaces de la tendencia antropológica lombrosiana (1). Parmelee no cree en la existencia del tipo delincuente. Pero tampoco es posible presentar al escritor norteamericano como enemigo de Lombroso, cuyas obras tradujo en lengua inglesa. Además, Parmelee utiliza el método positivo y es partidario de la teoría de la evolución y de la lucha por la existencia. El capítulo II de su obra trata de los equivalentes del crimen y del castigo entre los animales, y aun cuando ve "diferencias entre el mundo del hombre y el de los animales, que establecen limitaciones dentro de esa analogía", afirma que "está justificada esta busca de equivalentes del crimen fuera del mundo humano", porque "el delito es un fenómeno natural y está íntimamente relacionado con otros fenómenos naturales. De acuerdo, pues, con la teoría de la evolución, estamos obligados a creer que no se ha desenvuelto fuera de esos otros fenómenos y debemos inquirir su origen en ellos mismos". Esta obra será pronto traducida al castellano por un discípulo mío, JULIO CÉSAR CERDEIRAS, a quien su autor ha concedido, por mi mediación, generoso permiso. El último trabajo PARMELEE ha visto la luz en alemán y en una revista alemana: *Eine biometrische Studie über den englischen Verbrecher* (Un estudio biométrico sobre el delincuente inglés), en *Archiv fur Kriminologie,* vol. LXXIV (1922), págs. 120-129.

El otro libro a que antes aludí es el de BURDETTE G. LEWIS, *The offender and his relations to law and Society* (El delincuente y sus relaciones con el Derecho y la Sociedad), 2.ª edición, Nueva York y Londres, Harper and Brothers Publishers, s. a. (1921). En esta obra del Comisario de instituciones en Nueva Jersey y Comisario de Corrección en Nueva York, me ocuparé luego, en una nota crítica (2).

De la nueva literatura criminológica y penitenciaria de Norteamérica mencionaré además los siguientes trabajos: B. GLÜCK, *Modern tendencies in Criminology* (Tendencias modernas en Criminología), Nueva York, Richmond Hill, 1921; W. COOK, *In-*

(1) En mi *Derecho penal moderno y español,* en *Adiciones al Programa del Curso de Derecho criminal* de CARRARA. Parte general, vol. I, Madrid, Reus, 1922, pág. 22, nota 1.

(2) Vid. más adelante, recensión 30.

Digitized by Google

sanity and mental dificiency in relation to legal responsability (Locura y deficiencia mental en relación con la responsabilidad legal), Nueva York, Dutton, 1921; FERNALD, HAYES y DAWLEY, *A study of women delinquents in New-York State* (Un estudio de las mujeres delincuentes en el Estado de Nueva York), Nueva York Century Co., 1920; B. LEWIS, *Correccional and penal treatment* (Tratamiento penal y correccional), Ohio, Cleveland, 1921; P. KLEIN, *Prison methods in New-York State* (Métodos de prisión en el Estado de Nueva York), Nueva York, Bugmans, 1920; R. FOSDICK, *American Police Systems* (Sistemas americanos de policía), Nueva York, Century Co., 1920.

En los Estados Unidos se publica una importante REVISTA DE LA ESPECIALIDAD: el *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*. El *Institute*, que tiene por órgano este *Journal*, se fundó el 8 de junio de 1909, como resultado de la *National Conference of Criminal Law and Criminology*, habida en Chicago los días 7 y 8 de dicho mes y año (1).

IX. SUECIA Y DINAMARCA

1. THYRÉN Y SUS OBRAS.

JUAN CARLOS GUILLERMO THYRÉN, Profesor de Derecho penal y Rector en la Universidad de Lund, es una de las personalidades científicas más claras y firmes de Suecia. Desde hace algún tiempo he procurado difundir en España sus teorías, y he tratado de dar a conocer sus obras (2). Su actividad científico-jurídica inicióse en estudios de Derecho romano y civil (3). Ahondó en los problemas de la Filosofía jurídico-penal,

(1) Vid. sobre este *Instituto*, mi *Política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*, Madrid, Suárez, 1918; págs. 149-150.

(2) Sobre THYRÉN y su labor, cf. las primeras páginas de mi folleto *El Anteproyecto de Código penal sueco. Estudio crítico*. Madrid, Reus, 1917; y mi artículo *Johan C. W. Thyrén*, en la revista *Renovación Española* de 1.° de agosto de 1918, núm. 27.

(3) *Culpa legis aquiliae*, 1893; *Makes gäld*, 1893.

Digitized by Google

estudiando la doctrina de la causalidad y el dolo y la culpa (1). Monografió después las falsedades (2) y las penas aflictivas (3), ejercitándose más tarde como comentador del Código penal de su país, estudiando el asesinato, homicidio y otras lesiones (*mord, dråp och annan misshandel*) (4) y el robo y hurto (*stöld och snatteri*) (5). Su esquema-programa (6), y sus fundamentos de Derecho penal (7), admirablemente estructurados, le acreditan de maestro.

Dentro de los ocho últimos años, que estoy reseñando, la labor de Thyrén prosigue intensificada. En 1915 escribe un opúsculo crítico, sutilísimo, examinando el Derecho penal sueco según la obra de JOHAN HAGSTRÖMER, titulado *Svensk strafferätt* (Derecho penal sueco), que aparece en la *Tidsskrift for Retsvidenskab*, del que se hizo un separado. El 27 de septiembre de 1918, con motivo de haber transcurrido doscientos cincuenta años desde su fundación, celebró la Universidad de Lund un solemne jubileo. El Rector Thyrén tomó parte muy activa. Además de su admirable discurso sobre *¿Cómo se manifiesta el progreso de la ciencia en la humanidad?* (8), publicó, como apéndice a su *Ofrenda a la Universidad*, un estudio en francés sobre el *delito de difamación*: *Inbjudning till Lunds Universitets tvåhundrafemtioårsfest den 27. september 1918. Bifogad skrift*: *Le délit de diffamation*: *Etude de Droit comparatif et "de lege ferenda"*, Lund, Berlinska Boktryckeriet, 1918. Este trabajo —que luego se imprime separadamente— se hizo, sin duda, aprovechando los materiales que el autor estaba acumulando para redactar el capítulo segundo de la parte especial de

---

(1) *Abhandlungen aus dem Strafrecht und der Rechtsphilosophie.* Vol. I: *Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien*, 1894; vol II: *Dolus und Culpa*, 1895.

(2) *Förfalskningsbrotten*, 1895.

(3) *Om afflictiva straff*, 1899.

(4) *Kommentar till strafflagen. Kap. 14*, 1906.

(5) *Kommantar till strafflagen. Kap. 20*, 1908.

(6) *Schema i allmän straffrätt*, 1901-1903.

(7) *Straffrättnes allmänna grunder*, 1907.

(8) *Huru förhåller sig vetenskapens framåtskridande tic mänskligheten? Tal vid Lunds Universitets 250-årsjubileum den 27, september 1918*, Lund, Gleerupska Univ. Bokhandeln, 1918.

Digitized by Google

su Proyecto, en que luego me ocuparé. Thyrén utiliza sus estudios sobre este tema, para redactar unos certeros comentarios a los artículos que tratan de los delitos contra el honor, en el vigente Código penal sueco: *Kommentar till strafflagen. Kap. 16.* Lund, Gleerupska Univ-Bokhandeln, 1919. La preocupación por estas figuras de delito no le abandona, y muy recientemente publica, en una revista alemana, su interesante conferencia *Über den Wahrheitsbeweis in Ehrenbeleidigungssachen. Vortrag, gehalten am 11. nordischen Juristentag* (Sobre la prueba de la verdad en los procesos de ofensas al honor, discurso pronunciado en el 11.º Congreso jurídico del Norte), en *Zeitschrift für die gesante Strafrechtswssenschaft*, vol. XLIII (1922), págs. 225 y sigs.

Los modernos principios penales sustentados por Thyrén, que fueron censurados primeramente por el Profesor de la Universidad de Copenhague CARLOS TORP (1), lo han sido de nuevo últimamente por el Profesor de la Universidad de Uppsala A. V. LUNDSTEDT, *En principinledning. Kritik av straffrättens grundåskådningar* (Una introducción de principios. Critica de los puntos de vista fundamentales del Derecho penal), Uppsala 1920. A esta crítica ha respondido Thyrén con unas observaciones certeras y definitivas: *Den moderna straffrättens grundåskådningar. Anmärkingar vid Prof. A V. Lundstedts skrift "En principinledning" etc. (Uppsala 1920)* (Los modernos puntos de vista fundamentales del Derecho penal. Observaciones al escrito del Prof. A. V. Lundstedt "Una introducción de principios", etc.), Lund, Ohlssons Boktryckerei, 1920.

Los dos más recientes trabajos del Profesor de Lund son: el folleto, publicado en alemán, *Über subsequente imputation de lege ferenda*, Lund y Leipzig, Gleerup-Harrassowitz, 1921; y el opúsculo *Om s. k. allmänfarliga förbrytelser enligt modern straffrätt* (Sobre las infracciones de peligro general, según el moderno Derecho penal), Lund y Leipzig, Gleerup-Harrassowitz, 1922. Este último trabajo es preparatorio del correspondiente capítulo consagrado a esos delitos, en el Proyecto de Código penal que Thyrén está componiendo.

---

(1) En *Det ny Aarhundrede*, vol. V, págs. 251 y 252.

Digitized by Google

Los países escandinavos poseen una REVISTA DESTINADA ESPECIALMENTE A ESTUDIOS PENALES, que se publica en DINAMARCA desde el año 1913: *Nordisk Tidsskrift for Strafferett.*

2. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL SUECO Y EL PROYECTO DANÉS.

Encargado el Profesor THYRÉN por el Gobierno —en 1909— de la formación de UN NUEVO CÓDIGO PENAL SUECO, inició, en 1910, los trabajos preparatorios, exponiendo sucesivamente las cuestiones más importantes del Derecho penal a la luz de la ciencia moderna (1).

El 3 de enero de 1916, el Profesor de Lund publica la *Parte general* del Anteproyecto ("Proyecto preparatorio"), que consta de trece capítulos, precedidos de una interesante "Introducción": *Förberedande utkast til Strafflag. Kap. I-XIII* (*Allmänna delen*), Lund, Gleerupska Univ.-Bokhandeln, 1916. Antes que en parte alguna, fué traducido y criticado este Proyecto en España, en mi estudio varias veces aludido (2). Loé, como se merecía, el interesante documento; pero la gran sinceridad con que realicé mi tarea forzóme a consignar, con el debido respeto y la cordialísima amistad que profeso a Thyrén, algunos reparos que no se referían a la esencia del Proyecto. Haciéndome un honor inmerecido, el sabio sueco publicó un comentario a mi labor, y después de ocuparse en la mayor parte de mis trabajos, responde a las observaciones que me atreví a presentar al Proyecto por él redactado. El artículo, por el que le rindo de nuevo las más finas gracias, se titula: *En spansk kritik av det svenska utkaste till strafflag* (*allmänna delen*) *1916* (Una crítica española del proyecto sueco de Código penal (parte general) 1916), en *Svensk juristidning,* 1919, págs. 235-243. Publicado en separado: Stockholm, Bokförl.—A.-B. Tidens Try-

(1) Sobre estos trabajos de preparación, vid. mi libro *El Anteproyecto de Código penal sueco* cit., pág. 3 y sigs.

(2) *El Anteproyecto de Código penal sueco de 1916. Estudio crítico seguido del texto íntegro de la parte general del Anteproyecto, traducido directamente del sueco,* Madrid, Reus, 1917.

Digitized by Google

ckeri, 1919. Deseoso Thyrén de que la parte general de su Proyecto lleguen a conocimiento de todos los estudios, ha publicado unas interesantísimas notas, sobre su propia obra, primero en francés: *Remarques sur la partie général d'un Avant-projet de Code pénal suèdois,* Lund y Leipzig, Gleerup-Harrassowitz, fascículo I, 1916, y fascículo, II, 1917 (al final de cada fascículo da el texto a dos columnas, en sueco y en francés, de los parágrafos que comenta); y en inglés luego: *Remarks on a swedish of criminal law (1916),* Lund y Leipzig, Gleerup-Harrassowitz, 1919. También ha dado a la estampa una versión alemana del articulado: *Vorentwurf zu einem schwedischen Strafgesetzbuche, nebst einleitenden Bemerkungen,* Lund, Ohlssons Buchdruckerei; el primer fascículo, que contiene los capítulos I a VIII, fué publicado en 1918, y el segundo, que comprende los capítulos IX a XIII, ha visto la luz en 1919.

El profesor Thyrén consagra ahora toda su actividad a preparar y redactar la *Parte especial* del Proyecto. En 1917 ha publicado el capítulo referente a los "*delitos contra la inviolabilidad corporal*": *Förberedande utkast till Strafflag. Speciella delen. I: Brott mot kroppslig okränkbarhet,* Lund, Gleerupska Univ.-Bokhandeln, 1917. Este capítulo comprende 22 parágrafos, en que se definen y penan el homicidio, asesinato e infanticidio dolosos, las lesiones dolosas, el duelo, los actos manifiestamente peligrosos para la vida y la salud, y el homicidio culposo, las lesiones culposas y el aborto. Al articulado acompaña una "ojeada comparativa del actual Derecho penal europeo" —que es el estudio más acabado de legislación comparada, hecho hasta el día, sobre este grupo de delitos—, una profunda investigación del "desenvolvimiento del Derecho sueco desde las leyes nacionales", y una razonada exposición de "motivos".

Ocúpase después Thyrén en los *delitos contra el honor* —sobre cuyo tema publicó dos obras, antes mencionadas— redactando, en 1919, el capítulo correspondiente de su Anteproyecto: *Förberedande utkast till Strafflag. Speciella delen. II: Arekräningsbrottet,* Lund, Gleerupska Univ.-Bokhandeln, 1919. Este capítulo se distribuye en 10 parágrafos, y, como en el de los delitos contra la inviolabilidad corporal, acompañan al ar-

Digitized by Google

ticulado una "ojeada comparativa del actual Derecho penal europeo", un "desenvolvimiento del Derecho sueco", y una admirable exposición de "motivos".

En 1920 ha editado Thyrén la "parte primera" de los "delitos contra la propiedad": *Förberedande utkast till Strafflag. Speciella delen. III: Förmögenhetsbrotten. Första delen,* Lund, Gleerupska Univ.-Bokhandeln, 1920. Esta primera parte del tercer capítulo, que consta de 18 parágrafos, lleva, como los anteriores, la correspondiente "ojeada comparativa del actual Derecho penal europeo", el estudio sobre el "desenvolvimiento del Derecho sueco", y la oportuna exposición de "motivos". Recientemente, en 1922, se ha publicado, dividida en las tres partes que acompañan a todos estos capítulos, la "parte segunda de los delitos contra la propiedad": *Förberedande utkast till Strafflag. Speciella, delen. IV: Förmögenhetsbrotten. Andra delen,* Lund, Gleerupska Univ.-Bokhandeln, 1922. Thyrén trabaja sin descanso, y aguardamos impacientes la continuación y término de la Parte especial de su Anteproyecto.

Entre tanto una Comisión oficial ha examinado el Proyecto Thyrén. Esta Comisión fué nombrada el 10 de mayo de 1916, y se componía entonces de los siguientes miembros, muchos de ellos políticos, presididos por BERNDT HASSELROT, consejero de Estado y jefe del Departamento de Justicia: SVEN BENGTSSON; CARLOS HJALMAR BRANTING, hoy ministro de Estado; IVAR PETERSON ERNBERG, asesor del Tribunal de Justicia; ERNESTO ANTON KALLENBERG, Profesor de Derecho en la Universidad de Lund; OTTO SALOMÓN MANNHEIMER, abogado; GUSTAVO OLIN, consejero del Tribunal de Apelación de Svea; CARLOS THURE ENRIQUE PETRÉN, licenciado en Medicina; DAVID HJALMAR PETTERSSON, ministro de Agricultura; AXEL WESTMAN, sustituto de Juez de primera instancia, y VÍCTOR ALMQUIST, jefe de Prisiones. Además se añadió a los comisionados el autor del Proyecto, JUAN CARLOS GUILLERMO THYRÉN. El transcurso del tiempo impuso cambios en este organismo: cesó en sus funciones ERNBERG, y también, por su cargo de Ministro, el jefe de los socialistas CARLOS H. BRANTING; en cambio fué nombrado AXEL LINDQVIST, y GUSTAVO GUILLERMO MASRELIEZ, como secretario de la Comisión.

Digitized by Google

Después de varios años, los comisionados han compuesto un *Proyecto de Código penal,* en el que son de poca monta las diferencias con el Anteproyecto de Thyrén, y al que acompaña un *Proyecto de ley referente a la libertad condicional.* Ahora he de limitarme a estas breves noticias, pues el Proyecto de Código de la Comisión y el de libertad condicional, han sido *publicados en 1923,* y escapan por ello de la órbita que me he propuesto analizar. Con toda extensión espero hacerlo en el próximo volumen de Bibliografía que seguirá al presente (1).

Para terminar con las novedades producidas en las leyes penales de Suecia, debo dar cuenta de un hecho de suma trascendencia: la *abolición de la pena de muerte,* que se sancionó por las dos Cámaras, a propuesta del Gobierno, en mayo de 1921, después de largos debates (2).

En DINAMARCA se nombró, por la Ordenanza Real de 11 de agosto de 1905, una Comisión encargada de revisar la ley penal danesa y de componer un Proyecto. Hacia fines de 1912 acabó sus trabajos y presentó un informe —que se publicó— al Ministro de Justicia. Así aparece el *Proyecto de Código penal civil general de 1912,* que es, entre los nuevos Proyectos, el que menos se inspira en las recientes tendencias de la ciencia penal (3).

Como la esencia y estructura del *Proyecto* de 1912 no respondía a las modernas exigencias y era una excepción en el avance legislativo mundial, el profesor CARLOS TORP, de Copenhague, ha elaborado, en 1917, un nuevo Proyecto de Código penal civil:

---

(1) Indicaré, para los que deseen conocer este nuevo documento legislativo, su título y sus datos editoriales, que no recojo en el texto por salir, como he dicho, de los límites de la época que he querido investigar: *Förslag till strafflag allmänna delen samt förslag till lag angående villkorlig frigivning, jämte motiv, avgivna av Strafflagskommissionen* (Proyecto de Código penal, parte general y proyecto de ley referente a la libertad condicional, con exposición de motivos, publicado por la Comisión penal), Estocolmo, 1923. Edición oficial del departamento de Justicia; un volumen en 4.°, 534 páginas, en formato sueco.

(2) Puede verse la noticia escueta en *Archiv für Kriminologie,* volumen LXXIV (1921), pág. 64.

(3) Vid., sobre este proyecto, mi *Política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas,* Madrid, Suárez, 1918, págs. 62-63.

Digitized by Google

Betaenkning angaaende de af den under 11. august 1912 nesdsatte Straffelovskommission undarbejedede Forslag indeholdende Udkast till Love vedrörende den borgerlige Straffelovgivning med Motiver, Copenhague, Trykt hos J. H. Schultz, 1917. Este nuevo Proyecto abandona las fórmulas antiguas y marcha por el camino de las modernas tendencias.

Por último, FINLANDIA acaba también de orientarse en el camino de la reforma de sus leyes penales, y cuenta ya con un *Proyecto de parte general del Código penal, compuesto,* en *1921,* por el profesor ALLAN SERLACHIUS, en virtud de encargo del Ministerio de Justicia.

XI. POLONIA, CHECOESLOVAQUIA Y RUSIA

Desconozco el polaco, el checo y el ruso. Vaya por delante esta confesión porque no gusto de mixtificaciones. Por ello esta última parte de mi trabajo no es de crítica bibliográfica. Pero el presente estudio abarca, tanto la Bibliografía penal, como la referencia crítica de las leyes penales vigentes y proyectadas. Lo que voy a decir sobre Polonia, Checoeslovaquia y Rusia atañe; pues, tan sólo a los nuevos documentos legislativos que se han compuesto en estos tres países. Para la información me he valido, principalmente, de fuentes alemanas.

Siguiendo el orden cronológico, me ocuparé primeramente en los PROYECTOS DE CÓDIGO PENAL DE POLONIA (1).

El profesor OETKER, de Würzburgo (2), habla de un primer *Proyecto de 1918,* preparado por el profesor KRZYMUSKI, que abarca la parte general. Tras de las oportunas disposiciones sobre la ley y su eficacia, acepta el Proyecto, en su art. 8.°, la clásica división tripartita en crímenes, delitos y contravenciones,

(1) Cf.: OETKER, *Der Entwurf eines polnischen Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil von 1918* en *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform,* año XIII (1922), págs. 129-159. JULIUS MAKAREWICZ, *Der polnische Strafgesezentwurf,* en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht,* vol. XXXV (1922), págs. 165-182.

(2) Art. cit., en lug. cit.

Digitized by Google

y, en el art. 14, los consabidos grados de culpabilidad dolosa y culposa. En los arts. 12 y 13 se consagra la imputabilidad como base de la responsabilidad criminal, siguiendo el método negativo, corriente en la mayoría de los Códigos. Este Proyecto regula, como causas justificativas, el estado de necesidad (art. 20) y la legítima defensa (art. 21); y al tratar, en el art. 23, del consentimiento del ofendido, establece preceptos poco afortunados. A la complicidad y tentativa dedica el Proyecto polaco sus artículos 24 y sigs., admitiendo, bajo ciertas condiciones, la punibilidad de la tentativa imposible, ya que en esta materia profesa KRZYMUSQUI una atenuada orientación subjetiva. Las penas señaladas en este Proyecto son: la reclusión, la prisión, la detención, el arresto, la multa y el comiso (arts. 32 y sigs.), y se califican de medidas de seguridad, entre otras de carácter variable: la casa de trabajo para delincuentes habituales, especialmente peligrosos (art. 47); el asilamiento de bebedores (art. 48); la pérdida de la capacidad para desempeñar un empleo o una profesión, o para ejercer la patria potestad o la tutela (arts. 49 y siguientes) —que tanto puede revestir el carácter de pena como de medida asegurativa—; la caución (art. 52), y la prohibición de residir en un lugar o comarca determinados (art. 53). En lo tocante a la medida de la pena no se encuentran circunstancias modificativas tasadas, como en Alemania y Francia, ya que el Proyecto polaco de 1918 sólo cita, como atenuantes y agravantes, especiales situaciones subjetivas (arts 56 y 59), relacionando con las primeras la condena condicional (arts. 57 y 58), y ocupándose, en el art. 63, de una agravante particular: la reincidencia. Después de tratar de la concurrencia de delitos (arts. 64 y siguientes) aborda el Proyecto las causas de inimputabilidad, entre las que enumera: el error invencible, la embriaguez y los estados anormales (arts. 71 y sigs.). Para los niños y adolescentes, divididos en períodos de edad, prescribe el Proyecto medidas educadoras y una jurisdicción propia (Tribunales para niños); sólo se habla de pena —en medida atenuada— para los jóvenes de la segunda categoría, mayores de diez y ocho años y menores de veinticuatro (arts. 72 y sigs.). Como causas de extinción de la pena enuncia: la muerte del condenado, el cumplimiento de la pena, el perdón, el arrepentimiento activo y la prescrip-

Digitized by Google

ción (arts. 85 y sigs.). El Proyecto polaco de 1918 sólo admite la rehabilitación como cancelamiento de la inscripción del registro penal; pero no acepta que se reintegren al que fué condenado los derechos honoríficos, políticos, etc., de que le despojó la sención (arts. 85 y sigs.). El último capítulo de este Proyecto, que tan someramente he analizado, versa sobre persecución de los hechos punibles y tiene un contenido marcadamente procesal (arts. 96 y sigs.).

De otro *Proyecto,* polaco más reciente, da cuenta el Profesor JULIO MAKAREWICZ (1). Por la Ley de 3 de junio de 1919 se creó en Polonia una Comisión codificadora, encargada de componer proyectos de leyes unitarias en materia de Derecho privado y penal, a cuyo fin se dividió en dos secciones, proponiéndose la sección criminal una doble tarea: el Código substantivo y el de procedimientos penales. Los trabajos de esta sección dieron comienzo el otoño de 1919 y se encaminaron, ante todo, a la redacción del Código penal. Los comisionados hallaron una dificultad, que al mismo tiempo era una ventaja. Desde hace más de mil años no había en Polonia, repartida entre las potencias colindantes, un sistema jurídico propio. En materia penal regían tres Códigos —el alemán, el austriaco y el ruso—, ninguno de los cuales respondía a las tradiciones del país. Al emprender ahora la tarea de componer un Código, no han podido apoyarse los polacos en leyes nacionales contemporáneas; pero al mismo tiempo la ausencia de esas leyes les permite marchar sin trabas en pos de las nuevas tendencias penales, escogiendo y seleccionando, ya que en Polonia hay juristas de variadas escuelas, por haber estudiado en Universidades rusas, alemanas y austriacas, según la parte del país a que pertenezcan. Dentro de la sección penal de la Comisión codificadora, encargóse de elaborar la parte de principios generales el Profesor MAKAREWICZ, que confió el capítulo destinado a la Ley y su eficacia al juez RAPPAPORT, y el que había de ocuparse en el tratamiento de los menores delincuentes a otro juez autorizado, el doctor MOGILNICKI, al que se agregaron, para resolver este difícil problema, RYMOWICZ y MANKOWSKI. Los trabajos referentes a la parte general del Proyec-

(1) Art. cit., en lug. cit.

Digitized by Google

to terminaron a *fines de diciembre de 1921,* habiéndose publicado ya en polaco las actas de las sesiones, que abarcan tres volúmenes de 242, 176 y 173 páginas, respectivamente.

La parte general del *Proyecto polaco de 1921* está formada por 92 artículos, repartidos en los siguientes capítulos: I, dominio de la ley penal (arts. 1-9); II, el hecho punible (arts. 10-20); III, la tentativa (arts. 21-24); IV la instigación y la complicidad (artículos 25-30); V, división de los hechos punibles (arts. 31-36); VI, concurso de delitos (arts. 37-43); VII, penas principales (artículos 44-51); VIII, penas accesorias (arts. 52-61); IX, medida de la pena (arts. 62-67); X, condena condicional (arts. 68-71). XI, perdón judicial (art. 72); XII, libertad condicional (art. 73); XIII, tratamiento de los niños y de los menores (arts. 74-80); XIV, medidas de seguridad (arts. 81-87); XV, la prescripción (artículos 89-91); y XVI, la rehabilitación, en su única forma de cancelamiento de la inscripción del registro penal (art. 92).

Apuntaré ahora ciertos preceptos interesantes de algunos capítulos del Proyecto. En el capítulo segundo divide las formas del delito en acciones y omisiones, y determina el concepto de la imputabilidad siguiendo el llamado método mixto, ya que acepta el punto de vista *psicológico* y el *psiquiátrico,* enunciando ciertos estados que la excluyen (enfermedad psíquica, u otros estados de perturbación psíquica funcional). En este mismo capítulo se reglamentan la legítima defensa, el estado de necesidad y la ayuda ncesaria. El capítulo III se destina a la tentativa, que se castiga con una pena atenuada; y en lo tocante al delito imposible, la tendencia subjetiva se halla limitada, en cuanto a la punición, por principios de orden objetivo. En el capítulo V se define el crimen como el hecho punible penado con muerte o prisión, y el delito como el hecho castigado con arresto o multa. De las contravenciones no se ocupa este Proyecto polaco, remitiendo la materia al Código de policía. La existencia del crimen exige "la mala intención", dentro de la que se comprende el dolo eventual; el delito, en cambio, puede ser cometido por culpa. Las penas principales, enumeradas en el capítulo VII, son: la pena de muerte, la prisión, el arresto y la multa. La prisión puede ser agravada mediante ayuno, lecho duro y celda obscura. Las penas accesorias, establecidas en el ca-

Digitized by Google

pítulo VIII, tienen naturaleza facultativa, ya que el juez puede imponerlas en los casos oportunos. El Proyecto admite las siguientes: interdicción de derechos públicos, interdicción de derechos civiles, prohibición de ejercer una profesión determinada, supresión de la patria potestad y pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito. El importante capítulo IX, que trata de la medida de la pena, deja al juez el más amplio y atinado arbitrio, y en vez de catalogar taxativamente las circunstancias atenuantes y agravantes, establece tan sólo, del mismo modo que el Proyecto de 1918, líneas generales, como los motivos del hecho punible, el desarrollo espiritual del infractor del derecho, la voluntad del autor y su vida anterior y posterior a la comisión del delito. En este punto merece el Proyecto polaco mis más sinceras y profundas alabanzas. Sólo se menciona excepcionalmennte, como causa atenuante, la llamada imputabilidad disminuída, y en ello veo un error, ya que los semi-responsables son, por ello mismo, más peligrosos que los hombres de tipo normal (1). El Proyecto polaco reconoce circunstancias extraordinariamente atenuantes, que hacen que se aplique al autor en quien concurren, el arresto, en vez de la prisión, o que la medida de la pena caiga por bajo del mínimum legal. Estas causas, a más de la de imputabilidad disminuída, son: el desconocimiento de la injusticia del acto y el exceso en la defensa y en el estado de necesidad. La más importante circunstancia agravante la constituye la reincidencia, que prescribe a los cinco años. La condena condicional, regulada en el capítulo X, se aplica a penas privitivas de libertad, inferiores a dos años, durando el plazo de suspensión de dos a cinco años. El capítulo XI da realidad al perdón judicial, o mejor dicho, a una de sus modalidades. No debe olvidarse que un penalista polaco, EMILIO ESTANISLAO RAPAPPORT, había estudiado este asunto en Francia. Pero se ha seguido, para concederlo, el errado camino de la insignificancia del delito. Así dice el Proyecto que el juez puede perdonar la ejecución de una pena privativa de libertad que no exceda de seis meses, o de una multa, atendiendo a las características persona-

(1) Vid. mi *Estado peligroso*, ya cit., pág. 83 y sigs.

Digitized by Google

les del autor, a su conducta después del delito y a las circunstancias del acto. El capítulo XIII se ocupa en el tratamiento de los menores delincuentes. El Proyecto de 1921 declara impunes a los menores de trece años, y a los mayores de esta edad y menores de diez y siete, que no han obrado con discernimiento. Estas dos clases de menores serán juzgados por Tribunales infantiles y sometidos a medidas educativas. Los adolescentes que no han cumplido diez y siete años, pero que obraron con discernimiento al cometer el hecho punible, serán enviados por el Tribunal juvenil a un establecimiento correccional, por tiempo indeterminado, con un mínimun de seis meses y un máximun de diez años. En el capítulo XIV reglamenta el Proyecto las siguientes medidas de seguridad: manicomios para los irresponsables; asilamiento de bebedores para los delincuentes alcohólicos, durante dos años; casas de trabajo para los vagos que han delinquido, con una duración de uno a tres años; y custodia de seguridad para los delincuentes habituales y profesionales peligrosos caracterizados por la reincidencia, para la que se fija un mínimum de cinco años, al final de los cuales el juez decide si la custodia debe continuar. Esta medida de seguridad carece de máximum fijo.

El Proyecto de 1921, que es, a mi juicio, superior al de 1918, constituye un interesante documento prelegislativo con notables excelencias, entre las que deben ser recordadas: la manera subjetiva y arbitral con que se admiten las circunstancias atenuantes; la admisión del perdón, puesto en manos del juez; el tratamiento de los menores delincuentes, y las medidas de seguridad, sobre todo, la custodia de los habituales y profesionales peligrosos. Lástima que se conserve aún la pena de muerte y que se dé erróneo valor atenuante a la imputabilidad disminuída.

Debo mencionar también el *Proyecto de ley penal polaco sobre los Tribunales para menores de 1921*. En él se admite la clasificación trazada en el Proyecto de Código penal acabado de reseñar, y se organizan estos Tribunales de manera análoga a como lo están en Bélgica: habrá un juez único. escogido para tres años, por el Tribunal de primera instancia, entre los miembros que le forman. Para realizar la obra educativa y correccional en favor de la infancia, este proyecto crea sociedades de pa-

Digitized by Google

tronato en cada ciudad donde exista un Tribunal de primera instancia (1).

En CHECOESLOVAQUIA acaba de proyectarse también una legislación penal nueva (2). En el mes de *junio de 1920* se nombró, por el Ministerio de Justicia, una gran Comisión de peritos encargada de esa importante tarea. En ella figuran los Profesores KALLAB y MIRICKA, y los altos funcionarios MILOTA, POLÁK y RÁTH. La comisión ha publicado, en checo, a *principios de septiembre de 1921 un Anteproyecto de la Parte general relativa a los crímenes y delitos.* En otro Proyecto se trata de las contravenciones, que entran en el dominio de la ley penal administrativa, y en otras leyes posteriores se regularán el Derecho penal de los menores y el Derecho penal militar.

Al tratar el Anteproyecto checceslavo de los crímenes y delitos, da un valor importantísimo, como nota típica, al *motivo bajo*, al que liga la naturaleza deshonrosa de la pena de reclusión, propia de los crímenes (§ 1). En párrafos sucesivos (§§ 2-12), se ocupa en el dominio de la ley penal, que se regula en la forma generalmente adoptada en las leyes. En otro capítulo aborda el Proyecto los "fundamentos de la culpabilidad", definiendo, como formas de la misma, el dolo y la culpa (§§ 13 y 14). En la tentativa se considera el aspecto subjetivo, excluyendo de punibilidad la "tentativa absurda", los actos preparatorios y el desestimiento (§ 17). Al error se le da en ciertos casos poder atenuante (§ 18), liberando de toda pena, cuando sólo se trata de contravenciones (§ 4 del Proyecto sobre esta materia). La inimputabilidad se fundamenta en el método biopsicológico (§ 19) y los individuos de imputabilidad disminuída pueden ser enviados, bajo ciertas condiciones, a cumplir su pena a un establecimiento

(1) Vid. *Le Projet de loi polonais sur les Tribunaux pour mineurs*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol XXXV (1922), páginas 89-91.

(2) Vid. Miricka, *Die Strafrechtsreform in der tschechoslowakischen Republik*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. XXXV (1922), pág. 26-38; el mismo, *Strafen und sichernde Massnahmen im tschechoslowakischen Strafgesetzentwurfe*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. XLIII (1922), págs. 281-298. Cf. también, M. Lederer, *Die Strafgesetzlichen und strafprozessualen Bestimmungen der tschechoslowakischen Republik*, Praga, Haase, 1922.

Digitized by Google

de presos enfermos (§ 58). El Anteproyecto checo admite como causas de justificación: el obrar en cumplimiento de un deber del cargo o profesión (§ 20), la legítima defensa y el estado de necesidad (§§ 21 y 22). La participación se castiga sin diferenciar sus clases, que sólo se enumeran por vía de ejemplo: investigación, consejo, aprobación y auxilio prometido o efectivo; pero la participación ha de ser intencional y tender al fin del acto punible (§ 23). Después trata el Ante-proyecto de la denuncia y querella (§§ 24-28), de la prescripción (§§ 31-34), y de la rehabilitación (§§ 35-38).

Pasaré ahora a estudiar el sistema de penas y de medidas de seguridad del Anteproyecto checoeslovaco. La pena de muerte no se halla prevista en él; pero excepcionalmente se aplica al que estando condenado a reclusión perpétua comete un crimen castigado con pena igual (§ 70). La reglamentación del castigo capital se reserva a la ley de procedimientos. Las penas privativas de libertad son: reclusión para los crímenes, prisión para los delitos y arresto para las contravenciones; en las que exceden de un año pueden imponerse agravaciones, de seis semanas como máximun, consistentes en ayuno y lecho duro (§§ 40 y siguientes). Otra pena principal es la multa (§§ 44 y siguientes) y como pena accesoria figura la pérdida de derechos (§§ 51-55). Las medidas de seguridad se diferencian profundamente de las penas y responden a estos tres tipos: casas de trabajo forzoso, establecimientos para presos enfermos, y establecimientos de custodia (§§ 56 y siguientes). En la medida de la pena lo primero que debe considerar el juez es el motivo del acto y la conducta observada hasta entonces por el culpable (§§ 1 y 64 y siguientes). Debo mencionar, con singularísima alabanza, la acogida que se ha dado en este Anteproyecto a la sentencia indeterminada, según el modelo norteamericano. Esta institución sólo se aplica pues, a las personas corregibles, que no han cumplido treinta años y han cometido un delito penado con reclusión de uno a ocho años, siendo enviadas al establecimiento correccional para adultos (§§ 67 y 113). La reincidencia se regula detalladamente y con notable acierto (§§ 68-69), así como el concurso de delitos (§§ 71-72). La atenuación penal tiene formas extraordinarias, que el juez apreciará en ciertos casos (§§ 75, 78, etc). La condena condicional se

Digitized by Google

reglamenta en los §§ 81-89, siguiendo en su totalidad los preceptos de la *ley de 17 de octubre de 1919*. Finalmente, el proyecto regula con excesiva minuciosidad, más propia de leyes penitenciarias, la ejecución de las penas y las medidas de seguridad, aceptando el llamado sistema progresivo y dictando certeras disposiciones sobre la libertad condicional (§§ 90-132).

El Anteproyecto de Checoeslovaquia de 1921 contiene interesantes novedades y se presenta como una labor digna de estudio. En muchos puntos sigue una orientación francamente moderna, mereciendo altos plácemes, sobre todo, los preceptos consagrados a la sentencia indeterminada, que tantas resistencias halla en Europa. Este Anteproyecto —con el de Ferri— es de los primeros que la acoge para las penas, y los que, como yo, la venimos reclamando con urgencia, hemos de sentirnos atraídos por este documento que intenta dotarla de vida real. No basta, para empañar mi elogio, ver en su articulado perdurar la pena de muerte, ya que se la dota de una aplicación restringidísima y para casos absolutamente excepcionales.

El nuevo DERECHO PENAL RUSO preocupa hoy, en alto grado a los penalistas, y sobre él se han escrito notables contribuciones informativas en diversos países, que he ido enumerando en los lugares oportunos (1). La mejor fuente de información para

(1) Aunque he citado, al hablar de la Bibliografía de cada país, los trabajos escritos sobre este asunto, voy a recogerlos de nuevo aquí para facilitar la busca bibliográfica. Menciono primeramente aquellos estudios sobre Derecho ruso, que no tratan de Derecho penal, si bien informan, de modo más o menos extenso, de la organización de la justicia rusa: ENRIQUE FERRI, *Organizzazione della giustizia nella Russia dei Soviets*, en *La Scuola positiva*, 1920, págs. 36 y sigs.; JOSÉ FRAGOLA, *Gli istituti giuridici dei bolscevismo*, Roma, Soc. Editrice Athenaeum, 1921; ALDEMIRO CAMPODONICO, *La Russia dei soviets* (Saggio di legislazione comunista), Valle edit. Florencia, s. a. (prólogo 1920), páginas 261-274. Se hallarán páginas dedicadas a materia penal en el libro de LABRY, *Une legislation communiste*, Paris, 1920. Y tratan exclusivamente de este asunto: MARIO CEVOLOTTO, *Prime notizie di alcune leggi penali della Repubblica russa dei Soviets*, en *Eloquenza*, 1920, págs. 200 y sigs.; *Legislazione della Russia dei Soviets in materia penale*, en *La Scuola positiva*, 1920, págs. 142 y sigs. LEO GALIN, *Gerichtwesen und Strafsystem in revolutionären Russland*, Berlin, 1920; esta obra ha sido traducida al francés por OULEVEY, con el título de *Système pénal de la*

Digitized by Google

la primera época revolucionaria es el libro de LEO GALIN; y las noticias más recientes se hallarán en los muy estimables artículos de LEO ZEITZEFF, EUGENIO CUELLO CALÓN, CARLOS von HARTEN y EUGENIO FLORIAN (1). Sobre estos materiales escribo la presente nota.

El *Gobierno provisional,* al encargarse del Poder después de la Revolución, inauguró una era de saneamiento en la Magistratura, nombrando para desempeñar los cargos judiciales a varios profesores de Derecho. También se creó entonces una comisión encargada de introducir reformas en el Derecho penal y en el procedimiento. Este período se calificó de lúcido intervalo en la vida jurídica rusa. Más tarde, los bolcheviques tuvieron menos escrúpulo en la designación de sus jueces, y la injusticia se abrió campo en la vida penal de Rusia.

El *decreto de 17 de febrero de 1918* declaró que la legislación imperial permanecía en vigor, en cuanto no se opusiera a la conciencia socialista revolucionaria; pero poco después, en *30 de noviembre del mismo año,* un nuevo decreto desterró la aplicación de las leyes del tiempo zarista.

Desde entonces reinó la más absoluta arbitrariedad, encomendándose la justicia penal a las llamadas "Comisiones extraordinarias", creadas en principio para reprimir la "contrarrevolu-

---

Russie révolutionnaire, de l'origine au début de 1920, París, Rousseau, 1920 (sobre esta edición francesa vid. la nota de MARIO SÁENZ, en *Revista penal argentina,* tomo I (1922), págs. 11-14), y ha sido vertida también al italiano con el título de *Tribunoli e pene nella Russia rivoluzionaria,* Turin, Bocca, 1921; LEO ZEITZEFF, *Das Strafrecht in Sowjetrussland, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* volumen XLIII (1922), págs. 198-214; EUGENIO CUELLO CALÓN, *El Derecho penal en la Rusia actual,* en *Revista general de legislación y jurisprudencia,* tomo CXLI (1922), págs. 35-46; CARL VON HARTEN, *Der Strafkodex der russischen Räterepublik,* en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht,* vol XLVI (1923), págs. 103-110. EUGENIO FLORIAN, *Prime impressioni sul Codice penale sovietista russo,* seguidas de la traducción italiana de *Il Codice penale della Russia dei Soviety,* en *La Scuola positiva e Rivista di Diritto e Procedura penale,* nueva serie, año II (1922), págs. 518-550. ARTURO SANTORO, *Reati e pene nel Codice penale dei Soviety,* en *Diritto italico,* núm. 1.°; el mismo *I delitti nel Codice penale dei Soviety,* en *Diritto italico,* 1923; número 2.°

(1) Vid. los trabajos de estos autores en la nota anterior.

Digitized by Google

ción, la especulación y el sabotaje"; pero que, en la práctica, extendieron su intervención a toda clase de asuntos, con los más amplios poderes y con el más ilimitado arbitrio. Este estado de cosas no podía perdurar, haciéndose sentir bien pronto la necesidad de componer una serie de normas penales. Varias fueron las Comisiones nombradas para dotar a Rusia de un Código penal, sin que llegaran a dar cumplimiento a su tarea.

En *diciembre de 1919* aparece la primera tentativa bolchevista de legislación penal, publicándose, con la firma del Comisario de Justicia STUTSCHKA, un conjunto de preceptos penales que llevan por título *Principios directores del Derecho penal en la República rusa de los Soviets*. Estos "Principios" contienen tan sólo una introducción y ocho artículos. El delito se define como "la perturbación del orden social, protegido por el Derecho penal". La pena se propone como fin la defensa contra los perturbadores del orden, y se declara con un sentido defensista moderno, que ese fin se obtiene mediante la adaptación del delincuente al sistema social constituído, mediante su aislamiento o por su muerte. Siguen luego las disposiciones relativas a la medida de la pena, donde se entremezclan las circunstancias agravantes y atenuantes y hasta las causas eximentes, con notable desorden. Para individualizar el castigo debe tomarse en cuenta: si el delito ha sido cometido por persona perteneciente a la burguesía, con el fin de restablecer, conservar o crear cualquier género de ventaja relacionada con el derecho de propiedad, o si ha sido ejecutado por un individuo desprovisto de medios económicos, en estado de hambre o necesidad; si la acción ha sido ejecutada para restaurar el poder de la clase dominadora o en interés personal de su autor; si el acto se ha realizado con conocimiento del daño producido, o por ignorancia o falta de conocimiento; si ha sido perpetrado por un delincuente habitual o por reo primario; si ha sido ejecutado el hecho por un grupo o banda de delincuentes o por un solo individuo; si se cometió con o sin violencia contra las personas; si el delito es contra las personas o contra la propiedad; y si el acto se ejecutó con voluntad premeditada, brutalidad o astucia manifiestas, o si se realizó en un estado de excitación o por imprudencia o negligencia. A "modo de ejemplo" se enumeran ciertas penas que pueden imponer los

Digitized by Google

Tribunales; pero éstos no se hallan coartados en su actuación por el catálogo ofrecido, pudiendo imponer arbitrariamente castigos diferentes a los fijados en estos "Principios". Entre las penas mencionadas figuran las que corrientemente se hallan en las leyes penales existentes en los países cultos, junto a otras de extraña factura: reprensión; pronunciamiento de censura pública; constricción a un acto que no contiene ninguna privación de carácter físico (por ejemplo, seguir un curso de una ensemanza determinada); declaración de boycott; exclusión, perpetua o temporal, de alguna asociación; reparación o compensación del daño causado; suspensión de cargo público; interdicción de ciertos cargos o de determinadas profesiones; confiscación total o parcial; pérdida de los derechos políticos; ser declarado enemigo de la revolución o del pueblo; trabajo forzado sin privación de libertad; privación de libertad por un tiempo determinado o indeterminado; ser declarado fuera de la ley; fusilamiento; combinación de las penas mencionadas. La condena condicional se halla acogida en estos "Principios", para las penas privativas de libertad, cuando el autor del hecho delinque por vez primera y cuando su temibilidad no reclame el aislamiento inmediato. Finalmente, se hallan algunas nociones sobre los actos preparatorios, la tentativa y la complicidad. La llamada parte especial no se reglamenta en estos "Principios", y al no definirse los hechos punibles ni las penas correspondientes, se concede a los Tribunales un ilimitado arbitrio para que puedan penar todo lo que estimen delictivo. Con frase certera dice Eugenio Cuello que "el hasta hoy imperante principio *nullun crimen nulla poena sine lege,* hijo de una revolución, ha sido por otra revolución abolido" (1).

Varios *Decretos* han completado los "Principios" de 1919. *Los de este mismo año, relativos a la ejecución de trabajos forzados* reglamentan esta pena, que casi no se diferencia de la de prisión, y castigan su quebrantamiento. El *Decreto de 1918 referente a la libertad condicional,* ha sido reformado por otro de *marzo de 1921.* Para los *menores delincuentes* se ha dictado el

(1) Art. cit. en Revista cit., pág. 40.

Digitized by Google

Decreto de 4 de mayo de 1920, en el que se ordena que los jóvenes de catorce a diez y ocho años, cuando no sean susceptibles de tratamiento medicopedagógico, sufrirán la pena correspondiente, pero con separación de los adultos. Otro *decreto de mayo de 1921* establece, para los autores de ciertos delitos, que enumera sin definir, restricciones de los derechos electorales activos y pasivos, del derecho de desempeñar cargos del Estado y del Municipio, del de ser escabino en los Tribunales del pueblo, defensor o fiador, así como del de poseer títulos honoríficos. Dispone también este Decreto que los médicos, dentistas, comadronas e ingenieros, culpables de grave incumplimiento de sus deberes profesionales por incapacidad, pueden ser privados, mediante sentencia judicial, del ejercicio de su profesión.

Voy a ocuparme de modo especial en las fluctuaciones sufridas por Rusia, respecto a la abolición y restablecimiento de la *pena de muerte.* Un primer *Decreto de 1917* suprimió el castigo capital; pero después, por iniciativa de KERENSKY, fué restablecido. El proceso del almirante SCHTSCHASTNY fué el primero en el que se dictó una sentencia de muerte impuesta por un tribunal público, pues las comisiones extraordinarias habían ordenado, en muchos casos anteriores, fusilamientos sumarios. Schtschastny era el comandante en jefe de la Marina soviética, y fué arrestado personalmente por Trotsky y acusado de alta traición al Estado, basada en algunas anotaciones halladas en su diario. La sentencia levantó grandes polémicas en el público y en la prensa y nadie creía que pudiera ejecutarse: se afirmaba que la pena de muerte era contraria a todos los principios de la teoría socialista. El Procurador del Estado KRILENKO hizo la siguiente declaración oficial: "El Tribunal revolucionario supremo tiene el derecho, en virtud de la ley, de imponer la sentencia de muerte, puesto que Kerensky ha restablecido esta pena tanto en el frente como en todo el Estado... Pero el Supremo Tribunal revolucionario, a decir verdad, no ha sentenciado a la pena de muerte, literalmente hablando. En su sentencia se dice expresamente: el Tribunal Supremo declara culpable a Schtschastny y le condena a *fusilamiento.* No se trata de condena *a muerte* sino sólo de una medida de prevención". La sentencia fué confir-

Digitized by Google

mada y ejecutada (1). En los *Principios de 1919*, antes reseñados, figura el fusilamiento. Un *Decreto posterior de 1920* vuelve a abolir el castigo capital; pero a pesar de ello, las autoridades rusas lo siguieron aplicando de manera harto frecuente e inhumana.

A *principios de 1922 apareció un Proyecto de Código penal ruso* (2). Este proyecto fué compuesto por el Comisariado del Pueblo para la administración de Justicia y se presentó al Congreso de Consejos, celebrado en febrero de dicho año en la ciudad de Moscou. Las noticias publicadas por la prensa dieron cuenta de que ese Congreso aprobó el Proyecto del Comisariado. De los 249 artículos que le formaban, 45 se referían a la Parte general.

Este Proyecto ha llegado a convertirse en ley (3). El *día 1 de junio de 1922* fué publicado en la Colección legislativa con el núm. 15 y desde ese momento entró en vigor. La edición oficial lleva en su portada el lema sovietista: "Proletarios de todos los países, uníos". El número de sus artículos se ha reducido con respecto al Proyecto, pues el Código consta de 227, repartidos en 46 páginas; pero la parte general se ha aumentado, dedicándose a ella los 56 artículos primeros. La esencia de los preceptos proyectados se mantiene en el Código sin alteraciones notables.

El art. 6 declara que se entiende por delito "toda acción u omisión socialmente dañosa, que amenace los principios del gobierno de los Soviets y su ordenamiento jurídico, fundado por un cierto período de tiempo sobre el poder de los obreros y de los aldeanos, hasta el paso al Comunismo". Y en el artículo siguiente se dice que "el peligro de una persona se manifiesta con la ejecución de acciones nocivas a la comunidad, o con la actividad constitutiva de un serio peligro para el ordenamiento

(1) Vid. la traducción italiana del citado libro de Leo Galin, páginas 39-41.

(2) Sobre este Proyecto pueden consultarse los trabajos, antes mencionados, de Leo Zeitzeff, y Eugenio Cuello Calón.

(3) Sobre él véanse los mencionados artículos de Carl von Harten, y, sobre todo, la traducción dada por *La Scuola positiva*, citada en la nota de la pág. 139, del presente estudio.

Digitized by Google

jurídicosocial". Las penas establecidas por este Código, en el art. 32, son: "*a*) Expulsión de los confines de la República de los Soviets por un tiempo determinado o indeterminado. *b*) Privación de la libertad, con aislamiento riguroso o sin él. *c*) Trabajos forzados sin detención. *d*) Condena condicional. *e*) Confiscación de bienes, completa o parcial. *f*) Multa. *g*) Privación de derechos. *h*) Expulsión de los cargos. *i*) Reprensión pública *l*) Imposición de la obligación de reparar el daño." Las medidas de seguridad, que pueden sustituir o seguir a las penas, se enumeran en el art. 46. A esta clase pertenecen: "*a*) el internado en institutos especiales para deficientes mentales y morales; *b*) el tratamiento médico obligatorrio; *c*) la prohibición de desempeñar ciertos cargos o de dedicarse a ciertas actividades e industrias; *d*) destierro de una localidad determinada." Esta última medida se refiere a los individuos temibles aun antes del delito: el art. 48 dispone que "las personas declaradas socialmente peligrosas por los Tribunales, a consecuencia de su actividad delictiva o a los vínculos que les unen a ambientes criminales de una localidad dada, pueden ser privadas, por sentencia del Tribunal, del derecho de residencia en determinada localidad, por un término que no exceda de tres años". Aunque en la escala de penas y de medidas asegurativas no figura la de muerte, ello no quiere decir que haya sido abolida. El art. 33 preceptúa que "para los procesos que se instruyen en los Tribunales revolucionarios, hasta que tal disposición no sea abrogada por el Comité ejecutivo central panruso, será aplicado el fusilamiento, cuando, según los artículos del presente Código, se halle establecida la pena más grave".

La Parte especial comienza tratando de los delitos contra el Estado, entre los que figuran los crímenes contrarrevolucionarios y los delitos contra la organización gubernativa. Siguen luego los delitos contra la administración pública, las infracciones de las normas relativas a la separación de la Iglesia y el Estado, y los delitos contra la economía. Entre los "delitos contra la vida, la salud, la libertad y el honor de las personas", figuran: el homicidio voluntario, que se atenúa cuando se realiza por ímpetu pasional y que se agrava en atención a los móviles de carácter bajo; las lesiones personales y violencias a

Digitized by Google

la persona, en cuya categoría se incluye el delito de contagio de una enfermedad venérea (art. 155); el abandono en el peligro; los delitos en la esfera de las relaciones sexuales, y otros atentados a la persona y al honor. Todo un capítulo (el VI), va consagrado a los "delitos contra la propiedad". Refiriéndose al Proyecto, que apenas se modifica por el Código, revelaba Zeitzeff (1) gran extrañeza al ver regulada esta última clase de delitos según los principios del antiguo Código ruso de 1845. Bien es cierto que en la definición del hurto se ha omitido deliberadamente la palabra *propiedad*, puesto que se dice que consiste en la "sustración clandestina de una cosa que se halla en uso o bajo la dirección de otra persona o de una institución" (art. 180); pero en varios pasajes del articulado la palabra propiedad, que ya se emplea en el epígrafe de este capítulo, reaparece algunas veces. Con acierto decía Eugenio Cuello que ese concepto, que daba ya el Proyecto, más bien que un problema de fondo era una cuestión de palabras (2). El Código ruso termina tratando de los delitos militares y de las infracciones de las normas tutelares de la salud pública, de la tranquilidad y del orden público.

He de guardarme mucho de enjuiciar los Decretos y el Código compuestos en materia penal por la Rusia soviética. A un pueblo que se debate en hondas convulsiones interiores, que ha tenido que luchar con la enemiga de las grandes e incomprensivas Potencias europeas, y que trata de construír un nuevo sistema de organización social, no puede exigírsele todavía demasiada finura en su naciente técnica jurídica.

---

(1) Art. cit. en *Zeitschrift*, cit.
(2) Art. cit. en *Revista* cit., pág. 45.

Digitized by Google

SEGUNDA PARTE

NOTAS BIBLIOGRAFICAS, DESDE 1919 A 1922

1

EUGENIO CUELLO CALÓN: *Notas* a la traducción española de Hilarión González del Castillo, de los *Elementos de Derecho penal* de Enrique Pessina. Tercera edición. Madrid, Editorial Reus, 1919. En conjunto forma un volumen, en 4.°, de 792 páginas.

El año 1892 publicóse en España la primera edición castellana de la obra de Pessina, anotada por don Félix Aramburu y Zuloaga, el autor de *La nueva ciencia penal* (1), escrito de polémica y censura dirigido contra la escuela positiva. Las *Adiciones* de Aramburu eran, aun para la época en que fueron compuestas, excesivamente retóricas y ausentes de una documentación seria; sólo se salvan algunos fragmentos, por el claro talento y vivo ingenio de su autor.

Agotada la primera edición, publicóse, en 1913, una segunda, en la que figuraban, al lado de las *Adiciones* de Aramburu, unas *Notas* de Eugenio Cuello Calón, profesor de Derecho penal en la Universidad de Barcelona (2), que modernizaban las páginas de Aramburu, ya que su tarea, con veinte años de fecha, resultaba por demás vetusta. Antes de transcurridos seis años se agotó la segunda edición, y en 1919 se ha publicado la tercera, que es a la que ahora me refiero.

Estas *Notas* de Cuello, que hoy comento, representan lo más logrado en su especie, por la proporción y paralelismo entre el texto anotado y las *Adiciones* que le completan. Para mejor alcanzar el fin didáctico que Calón se propuso, las materias, que han sido expuestas con amplitud, se resumen en un breve extracto.

---

(1) *La nueva ciencia penal (Exposición y crítica)*. Madrid, Fe, 1887.

(2) Sobre Cuello y sus obras, vid. más atrás, págs. 11, 21, 24; 29 y 35.

Digitized by Google

En la tercera edición ha introducido su autor reformas estimables, ampliando el contenido de sus *Notas,* poniendo a contribución recientes escritos y modernos documentos legales e introduciendo aquellas modificaciones que exigía la nueva ruta de sus pensamientos científicos. Las teorías y las ideas de la escuela positivista italiana son cuidadosamente recogidas y expuestas con bondadoso esmero. En virtud de los nuevos materiales utilizados habrían crecido excesivamente estas *Notas* en la tercera edición, si su autor no hubiera tenido ante su vista la finalidad de la obra anotada. Las materias han sido aumentadas en su gran mayoría y, sin embargo, ha disminuído el volumen de la obra, debido a la sagaz revisión hecha por el autor. Los datos de información histórica, las citas de algunas opiniones ajenas y la documentación de Códigos extranjeros, que en la edición anterior ocupaban considerable número de páginas por la amplitud con que se transcribían, han sido resumidos y hábilmente condensados, sin perder interés ni claridad. Además, para dejar espacio a los nuevos aportes, se han eliminado, con buen acuerdo, algunas de las más retóricas *Adiciones* de Aramburu, conservando tan sólo las más finamente compuestas. Del contenido de la obra de Eugenio Cuello, tal como se nos presenta en esta tercera edición de los *Elementos de Derecho penal* de Pessina, voy a dar cuenta brevemente aquí.

El autor —que va anotando capítulo por capítulo la obra— comenta la INTRODUCCIÓN del tratadista italiano y, tras de hacerse cargo de una frase del escritor anotado, en que se afirma la eternidad del crimen y sus varias manifestaciones a través de las épocas, lo que le da motivo para estudiar brevemente las *transformaciones del delito,* según las ideas de Niceforo (págs. 50-52), se ocupa en los problemas de *terminología* y de las *definiciones* del Derecho penal. En esta tercera edición, en vez de transcribir literalmente los conceptos dados por Garraud, Prins, Stooss y Alimena, los resume certeramente, y expone la opinión propia en estas frases: "La ciencia del Derecho penal es el conjunto sistemático de principios relativos al delito y a la pena. Pero al estudiar el delito no ha de limitarse a considerarlo como una entidad jurídica, sino también como una

Digitized by Google

manifestación de la personalidad del delincuente. Al tratar de la pena debe mirarla como sanción jurídica, pero también como acto de defensa social. Por estas razones, el Derecho penal, tal como modernamente se concibe, no puede descuidar tampoco el estudio de las medidas de seguridad, aplicables a determinados individuos (locos peligrosos, alcohólicos, delincuentes habituales, etc.) socialmente peligrosos. En resumen podría decirse que el Derecho penal estudia en su parte general el delito, la pena y la medida de seguridad. En la parte que suele llamarse especial examina los diversos delitos y las diversas penas impuestas a aquéllos por la ley" (pág. 53).

En las *Notas* a la *Introducción* trata también Eugenio Cuello de las *relaciones del Derecho penal* con la moral, con el Derecho civil, político e internacional y con la legislación comparada (págs. 53-58), así como de las *ciencias penales*, demarcando el terreno propio de la Antropología, Psicología, Sociología, Estadística y Política criminales (págs. 59-68). Quiero destacar aquí el respeto e imparcialidad con que trata la dirección antropológica, reconociendo su renacimiento. "En los últimos tiempos —dice— la tesis lombrosiana, más bien que debilitada, aparece vigorizada por estudios procedentes de la misma Alemania. La tesis del atavismo del delito ha sido confirmada por la comunicación del profesor de Breslau, doctor Klaatsch, al VII Congreso Internacional de Antropología criminal (Colonia, octubre de 1911), según la cual los criminales actuales reproducirían física y moralmente el tipo del hombre de Neanderthal, y en el mismo Congreso, el doctor Strauch, discípulo de Virchow, uno de los más irreductibles enemigos de Lombroso, demostró que si se observan desde un punto de vista los argumentos de aquél contra éste, se verá que no hay entre sus ideas una gran diferencia, ni, como se creía, un *hiatus* insuperable... Por otra parte, las afirmaciones lombrosianas relativas a la epilepsia se hallan confirmadas hoy por psiquiatras como Morselli y Massini (págs. 62-63). Luego se hace cargo Cuello Calón de las investigaciones de Goring, resaltando, como yo he hecho también constar (1), el sentido lombrosiano

(1) *Estudio crítico del Proyecto de Código penal italiano de 1921*, Madrid, Suarez, 1922, pág. 19.

Digitized by Google

de sus tesis. "Este autor —dice Cuello— aun negando en principio la existencia del tipo antropológico, del monstruo antropológico (*antropological monster*), como Goring dice, afirma a renglón seguido que existe, de modo indiscutible, un tipo físico, mental y moral de personas normales que tienden al delito, y que el criminal de las prisiones inglesas se diferencia del promedio de los demás hombres por sus defectos físicos, por su defectuosa capacidad mental y por el mayor desarrollo de una obstinada tendencia antisocial. Atribuye la principal causa de la criminalidad a la constitución personal del delincuente, la cual tiene mucha más importancia en la etiología del delito que las condiciones de ambiente. Afirmaciones todas ellas que podía suscribir el mismo Lombroso" (pág. 63). Por su parte, Eugenio Cuello Calón concreta así su pensamiento, con respecto a la escuela lombrosiana, que "aún mantiene su alto valor científico": "...Siempre le cabe la gloria, reconocida incluso por adversarios como Naecke, de haber puesto de relieve la importancia del factor personal en la etiología de la criminalidad y de hacer ver que entre los delincuentes existe un número de anormales mucho mayor de lo que antes se creía. Sus teorías han tenido un influjo extraordinario sobre la formación del Derecho penal del porvenir, no sólo sobre el derecho científico, sino sobre el positivo, como lo prueban las innovaciones introducidas en los Anteproyectos de Códigos penales de Alemania, Suiza y Suecia, en el Proyecto austriaco, por no citar más, cuyo espíritu proviene directamente de la revolución causada por la obra lombrosiana" (págs. 59-60 y 63-64).

Las *Adiciones* a la Introducción se terminan por el examen de las *ciencias auxiliares,* por un sugestivo estudio sobre la *enseñanza de las ciencias penales* y por una escogida *bibliografía* (págs. 68-76).

Entrando en los PROLEGÓMENOS completa el anotador el capítulo primero, dedicado a los FUNDAMENTOS RACIONALES DEL DERECHO PENAL, haciendo un estudio de la *teoría correccional,* donde pone de manifiesto las simpatías de Dorado por esta doctrina (págs. 111-113), y de la *defensa social,* que estima como el eje del que giran en torno las nuevas concepciones penales. "Las modernas teorías sobre el derecho de castigar —es-

Digitized by Google

cribe Cuello— pueden agruparse alrededor de un solo principio: la defensa social. Este principio ha animado e informa aún el espíritu de la escuela penal llamada positiva, y es el alma de escuelas más modernas que tienen con la positiva numerosos puntos de contacto. Yo creo que podría decirse que todo el Derecho penal moderno, abandonando las disertaciones metafísicas, que son la base de las teorías de la expiación y de la intimidación, tiende hoy a elaborarse en vista del principio de la defensa social" (págs. 113 y sigs.).

En las *Notas* del capítulo segundo de los Prolegómenos, que Pessina tituló FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DEL DERECHO PENAL, trata Cuello de las *fases de la justicia punitiva* y de su desenvolvimiento a través de los siglos, desde el *Código de Ammurabi* basta el *Derecho penal vigente en los diversos países* (págs. 166-182), ocupándose, con más detenimiento, en la *Historia del Derecho penal patrio,* arrancando del *Derecho penal de la España primitiva,* que expone siguiendo a Dorado Montero, y terminando con los *Proyectos de reforma* que se han preparado para sustituir a nuestro viejo Código. Al final hace un breve apunte de la *evolución histórica de nuestro Derecho penal científico,* con especial consideración de *Alfonso de Castro* y de las polémicas mantenidas sobre el *tormento* (páginas 182-219).

Todo el libro primero de las DOCTRINAS GENERALES lo consagra Enrique Pessina al estudio de la LEY PENAL, y es también adicionado por Cuello, capítulo por capítulo, exponiendo —bajo la inspiración de su maestro Pedro Dorado Montero— la *eficacia intrínseca de la ley penal,* los *límites de tiempo de espacio y de la condición de las personas,* por lo que toca a su *eficacia extrínseca,* y, finalmente, la *extradición,* investigando, con criterio restrictivo, las excepciones a la entrega de los delincuentes por su condición de nacionales o de autores de delitos políticos, con respecto a los que se presenta la imprecisión de su concepto, consecuencia de la cual son las tendencias actuales, que van estrechando su círculo, un día amplísimo, como defensa contra las persecuciones crueles de que era objeto el delito político (págs. 231-238, 245-252, 262-268, 276-280 y 290-299).

Digitized by Google

Al anotar los problemas que trata Pessina en el libro segundo —DOCTRINA GENERAL DEL DELITO—, completa Eugenio Cuello el capítulo primero, que versa sobre la NOCIÓN DEL DELITO Y SUS ASPECTOS ESENCIALES. Al hacerse cargo de las varias *definiciones* dadas por los autores, expone la teoría de Garofalo sobre el *delito natural* y las críticas que se le han presentado (págs. 317-319); trata después de las *clasificaciones de la infracción,* en tripartita y bipartita, delitos comunes y delitos políticos, de acción y de omisión, ahondando en la naturaleza de las *contravenciones* (págs. 319-325). Se dedica luego al *comento de la ley española,* analizando finamente el artículo 1.º de nuestro Código, las divisiones del delito que se hallan en nuestra legislación, y la característica de las faltas (págs. 325-331).

En el complemento al capítulo II —DEL MAL OBJETIVO O DEL CRITERIO DE LEGITIMIDAD INTRÍNSECA DEL DELITO— habla el autor de los delitos que se *persiguen de oficio y de los que se persiguen a instancia de parte* (págs. 346-348), así como de la *exclusión de la comunidad de la paz,* que se encuentra en el antiguo Derecho español (pág. 348); y en el que dedica al capítulo III —DE LA INDIVIDUALIDAD HUMANA COMO SUJETO DEL DELITO— trata de la antigua concepción que hizo *responsables penalmente a las bestias* (págs. 357-358), y de *las personas sociales como sujeto del delito,* desempolvando, en este punto, curiosos precedentes españoles (págs. 358-361).

El capítulo IV, que Pessina colocó bajo la rúbrica DE LA ACCIÓN HUMANA COMO MATERIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO, CONSIDERADA DEL LADO INTERNO DEL PROPÓSITO, contiene una extensísima materia; el complemento de Cuello debía ser también amplio, y no ha de culpársele de la heterogeneidad de los asuntos desenvueltos, ya que el plan le llega impuesto por la obra anotada. Comienzan estas *Notas* por el estudio de la *responsabilidad,* donde se analizan las doctrinas libero-arbitristas, deterministas y de carácter intermedio (págs. 435-439), entrando en seguida en lo que podríamos llamar "causalidad moral". En el estudio del *dolo* da puesto preferente a la posición de Ferri, que exige en él, no sólo la voluntad de las clásicos, sino la intención y el fin (págs. 439-440). Después de analizar la

Digitized by Google

responsabilidad, en los Códigos extranjeros y en el español (páginas 440-443) expone el concepto de la *culpa* y su noción en las leyes vigentes, con particular comento de la española (páginas 443-445), sin olvidar la *preterintencionalidad*, el *caso fortuito* y la *ignorancia y el error* (págs. 445-447).

Al llegar al estudio de las causas que excluyen la responsabilidad —dentro de las *Notas* de este capítulo IV— se ve precisado el autor a romper el riguroso paralelismo que hasta ahora guardaba con el original del tratadista italiano. "En el estudio de la materia —dice Cuello— relativa a las causas que modifican la imputabilidad, ya haciéndola desaparecer, o disminuyéndola o agravándola, se separan estas notas del orden seguido por Pessina. Comenzando por las causas de extinción de la imputabilidad, las dividiremos en dos grandes grupos: 1.° Causas de justificación. 2.° Causas de inimputabilidad" (página 448). En el primer grupo estudia la *legítima defensa* (páginas 449-454), la *obediencia jerárquica* (págs. 454-455), el *cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, oficio o cargo* (págs. 455-456), la *justificante en la omisión* (pág. 456) y *los actos ejecutados en la ejecución de un fin reconocido por el Estado* (págs. 458-459), analizando, además, el problema de si el *consentimiento de la víctima* puede ser causa justificativa (págs. 456-458).

En el grupo de las causas de inimputabilidad investiga la *enajenación mental* (págs. 464-473), la *embriaguez* (págs. 473-477), el *período menstrual* y el *embarazo* (pág. 477), la *sordomudez* (pág. 477), el *sonambulismo* (pág. 478), la *sugestión hipnótica* (págs. 479-486), la *fuerza mayor* y la *violencia* (pág. 486) y el *estado de necesidad* (págs. 480-484). Voy a permitirme poner al margen de dos de estos asuntos unas breves observaciones, transidas de cordial afecto.

Cuello critica acerbamente, en la "alienación mental", la teoría de los *intervalos lúcidos*, citando, en su apoyo, opiniones de algunos psiquiatras, no de los más modernos, y al examinar el precepto de nuestro Código, que habla del intervalo de razón, exclama: "¡Tenemos aquí, en pleno siglo XX, un criterio medicolegal que remonta al Derecho romano!" (págs. 465-467). Me confieso reo de análoga falta: yo también he afirmado rotun-

Digitized by Google

damente que "la teoría de los intervalos lúcidos es un absurdo" (1); pero investigado más profundamente el problema, he sentido hondo arrepentimiento de haberme pronunciado de manera tan definitiva. Todo depende del concepto que se dé a la frase "intervalo lúcido". Tomada en el restrictivo aspecto de Krafft-Ebing, tal vez sea exacta la repulsa. "Mas —como he escrito últimamente— la cuestión cambia si le damos una *mayor amplitud*. Si en el intervalo de lucidez comprendemos la vida ordinaria del epiléptico, fuera del instante del ataque, los períodos tranquilos de la psicosis maniaco-depresiva, las remisiones de las esquizofremias, etc., ¿llegaríamos a igual resultado?... Juzgamos muy difícil trazar una regla general y abstracta. Vale más que pronunciarse en un sentido o en otro, atenerse, en lugar de al diagnóstico psiquiátrico, al análisis psico-patológico de cada caso concreto..." (2).

El segundo reparo que he de poner se refiere al *estado necesario*. ¿Por qué lo considera Cuello como causa de inimputabilidad en esta tercera edición, cuando en la anterior lo estimaba como causa justificante? (3). Yo no he visto en sus páginas el motivo que le ha determinado a este cambio tan radical. Y en verdad que las consecuencias no son indiferentes, pues de una u otra de estas posiciones dependen un buen número de problemas, como la penalidad de los cómplices, la legítima defensa contra el necesitado y la responsabilidad civil, según he hecho notar en trabajos míos. La posición más justa me parece la

---

(1) *Derecho penal* (obra ajustada al Programa de oposiciones al Cuerpo de aspirantes a la Judicatura y al Ministerio fiscal), 2.ª edición. Madrid, Reus, 1920, pág. 72.

(2) Vid. mi *Derecho penal moderno y español*, en *Adiciones* a la traducción española del *Programa* de Carrara, vol. I, Madrid, Reus, 1922, pág. 618.

(3) El autor en esta última edición, lo trata entre las causas de inimputabilidad, por considerarle así, a pesar de que se lee en la página 449: "Como causas de justificación estudiaremos la legítima defensa, el *estado de necesidad*..." Pero esto se debe a que, por un olvido perfectamente excusable, se han dejado sin enmendar estas palabras (transcripción literal de lo que se decía en la pág. 421 de la edición 2.ª), que debieron serlo atendiendo a la nueva manera que tiene el autor de apreciar el problema.

Digitized by Google

de estimar el estado necesario como una causa de justificación, estableciendo un verdadero derecho de necesidad (1).

El capítulo V, que trata DE LA ACCIÓN HUMANA COMO MATERIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO, CONSIDERADA DEL LADO EXTERNO DE LA EJECUCIÓN, ha sido completado por el autor con interesantes notas sobre la *tentativa,* en que se valoran y critican las diversas tendencias de las escuelas clásica, correccional y positiva (págs. 550-551), sobre el *delito imposible* (páginas 551-552) y el *desistimiento* (pág. 552), y sobre la *legislación extranjera* y la *española* en particular, referente a la tentativa y al delito frustrado (págs. 552-558). Después aborda Cuello los problemas de la *codelincuencia,* considerando especialmente las doctrinas de los positivistas, y, ante todo, de Escipión Sighele (págs. 558-560), sustentando en el *encubrimiento* el certero criterio de que debe ser estimado como una figura delictiva, más que como un grado de la codelincuencia (pág. 560) y sin olvidar los comentarios a la *legislación española* en estos asuntos (págs. 561-567). Esta parte se termina con un breve estudio de las *asociaciones de malhechores* y de las *muchedumbres delincuentes* (págs. 567-570).

En las *Notas* del capítulo VI —DE LAS CONTINGENCIAS DEL DELITO— trata el autor de las *circunstancias atenuantes y agravantes,* y examina, a más de las que fija el Código español, la vejez, el sexo y los motivos morales (págs. 602-609), entre las primeras, y, entre las segundas, el carácter "bajo, egoísta, antisocial", del agente (págs. 611-621). Después dedica un atento estudio a la *reincidencia y habitualidad* (págs. 621-646), fijando así su atinado punto de vista: "Hoy no se puede continuar admitiendo que el reincidente sea un delincuente ordinario que añada un nuevo delito a delitos ya anteriormente castigados. El reincidente es un delincuente de una naturaleza especial, tiene un especial género de vida, pertenece a una categoría determinada; como se ha dicho muy bien, las recaídas sucesivas le hacen entrar en cierto momento en la clase social

(1) Vid. mi *Derecho penal moderno y español,* en *Adiciones* citadas a la obra de Carrara, vol. I, págs. 431 y sigs.; y mi monografía, *El estado de necesidad en materia penal, con especiales referencias a las legislaciones española y argentina,* Buenos Aires, 1922, núms. 114 y sigs.

Digitized by Google

que se ha llamado siempre la clase criminal y peligrosa. Esta clase tiene rasgos sociales e instintos sociales que le son propios y que reclaman particulares disposiciones legislativas. Teniendo en cuenta estas consideraciones, muchos criminalistas quieren sustituír, en el tratamiento de la reincidencia, la concepción del acto perseguido, la consideración de la entidad jurídica del delito cometido, por lo que hoy se denomina la noción del *estado peligroso* del delincuente" (págs. 640-641). A renglón seguido se ocupa Cuello de la *peligrosidad,* con el defecto, a mi entender, de enfrontar el asunto con un criterio parcial, referido a la categoría de los reincidentes —según hizo ya en un trabajo suyo anterior (1)—, cuando lo que se precisa es generalizar la fórmula del estado peligroso para toda clase de delincuentes, haciendo de ella una nueva base para el tratamiento penal y preventivo (2).

El libro tercero lo dedica Pessina a LA PUNICIÓN DEL DELITO, y al anotar Cuello el capítulo I, que versa sobre LA PENA, estudia el concepto que de ella tuvo la *escuela correccional* (páginas 669-670), la *teoría de la "eliminación" y "reparación del daño" de los positivistas* (pág. 671), el *criterio de transacción de la Unión internacional de Derecho penal,* que ve en la pena un "acto de defensa" (págs. 671-672), y la *tesis de Alimena* (pág. 672). Analiza después la *clasificación de las penas* y las llamadas *penas paralelas* (pág. 673) y hace un cuidadoso resumen de la doctrina ferriana de la *inutilidad de la pena como medio de lucha contra el delito,* y de la propuesta de Ferri de conseguir el fin defensivo mediante los que llama *sustitutivos penales* (págs. 673-674). Entra después en el comento de nuestras leyes, investigando la *naturaleza y el fin de la pena en el Código español* (págs. 675-678), resumiendo así su parecer: "...el fin asignado a la pena por nuestro Código es la expiación; la corrección, el mejoramiento del reo apenas si se tiene en cuenta" (pág. 677). A seguida expone las *clases de penas en la legislación española* (páginas 678-679). Para finalizar las *Notas* de este capítulo abor-

(1) *Estado peligroso del delincuente,* en *Enciclopedia jurídica española,* Barcelona, Seix, (s. a.) vol. VI, págs. 125-128.

(2) Vid. mi libro, *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo,* Madrid, Impr. de Pueyo, 1922.

Digitized by Google

da los problemas modernos en lo tocante a la lucha contra el crimen, estudiando las *medidas de seguridad*, cuyas características fija siguiendo las líneas de la teoría de Carlos Stooss (páginas 679-681); la *proporción entre la pena y el delito y la sentencia indeterminada* (págs. 682-688), la llamada *individualización de la pena* (págs. 688-690), y termina con las reglas para determinar la pena en el *Código español* (págs. 690-699).

En los complementos al capítulo II —LA ACCIÓN PENAL— trata el autor de la *indemnización a las víctimas del delito*, deteniéndose en el estudio de la tesis positivista presentada por Rafael Garofalo (págs. 716-719), de la *diferente naturaleza de las causas de justificación y de las de inimputabilidad en orden a esta materia* (págs. 719-720), de la moderna teoría de *reparación de los daños morales* (págs. 720-721) y de la *responsabilidad civil en las leyes penales españolas* (págs. 721-726).

La tarea de Cuello termina con las *Notas* al capítulo III —DE LOS OBSTÁCULOS A LA ACCIÓN PENAL Y A LA PENA—, donde se ocupa en las *causas de extinción de la responsabilidad penal*: muerte del reo, prescripción de la acción y de la pena, amnistía e indulto, cumplimiento de la condena y perdón del ofendido (págs. 761-776 y 779-781), sin olvidar la justa *rehabilitación* (págs. 776-779), y el precepto de nuestro Código, desconocido en la práctica, que manda *suspender la pena en caso de locura* (págs. 781-782).

Las *Notas* de la edición anterior finalizaban con un *Apéndice*, en que se hacía un completo estudio de problemas, que no tenían cabida proporcionada en el texto de las adiciones; entre estos trabajos destacaba una investigación sobre la pena de muerte. Este *Apéndice* ha sido suprimido en la presente edición. Cuello había preparado una extensa labor original referente al tratado de la pena, y creyó conveniente desglosarla para formar un volumen de doctrina propia. Esta ha sido la causa de eliminar de aquí el *Apéndice* aludido y de exponer esquemáticamente, en las *Notas* que estoy comentando, algunos de los problemas de *penología*, con cuyo título ha publicado un sugestivo libro, que paso, seguidamente, a reseñar.

Digitized by Google

2

EUGENIO CUELLO CALÓN: *Penología. Las penas y las medidas de seguridad. Su ejecución.* Madrid, Editorial Reus, 1920. Un volumen, en 4.°, de 355 páginas.

Eugenio Cuello titula esta obra *Penología* y el acierto del libro comienza ya en la cubierta.

La palabra *Penología* fué inventada por un alemán, Francis Lieber, nacido en Berlín en 1800, y que desde los veintisiete años vivió en Norteamérica, donde publica sus obras de Derecho público, por lo que se le considera como suyo por los americanos. Hay en su vida y en sus cartas muestras inequívocas de su interés por los asuntos penitenciarios. En 1834 menciona en su diario —por vez primera— la palabra *Penology*, al enumerar las materias que de continuo ocupaban su mente. Parece indudable que tuvo el propósito de escribir una obra de Penología y que desistió de su empeño, pero no de su apasionamiento por el tema. En una carta dirigida a Mittermaier en 1836, decía: "No sienta que renuncie a escribir mi Penología. Este es uno de los pensamientos que han tomado posesión de mí y me ocupará hasta que lo haya dominado. Espero poder demostrar que es deber del Estado la reforma del delincuente; y, en todo caso, no hacerle peor." En otra de sus cartas, enviada a Tocqueville, definía la Penología "como la rama de la ciencia criminal que se ocupa (o debe ocuparse) del castigo y del criminal; no de la definición del crimen, el sujeto responsable y la prueba, materias que pertenecen a la ley y al procedimiento criminal" (1).

El concepto que tiene Eugenio Cuello de la Penología es más conforme a las modernas exigencias del combate contra la criminalidad. "Designo con el nombre de *Penología* —dice—

(1) *Biographical sketches. Francis Lieber*, en *Prision reform*, primer volumen de *Correction and prevention*, publicado por Charles Richmond Henderson, Nueva York, Charities publication commitee, 1919, pág. 146.

Digitized by Google

el estudio de los diversos medios directos de lucha contra el delito, tanto el de las penas propiamente dichas como el de las medidas de seguridad. Para denominar este estudio se han empleado especialmente los términos de *ciencia penitenciaria* y *ciencia de las prisiones;* pero tales designaciones son inexactas, no se refieren más que a las penas de privación de libertad y, por tanto, no abarcan los demás medios represivos diversos de éstas (penas pecuniarias, penas de restricción de libertad, etc.)" (pág. 5).

He ahí el acierto de Calón. Es justo llamar *Penología* a la serie de conocimientos que se agrupan en torno a los medios directos de lucha contra el crimen, y hasta elevarlos a la categoría de ciencia; pero es absurdo designar con el presuntuoso término de *Ciencia penitenciaria* el estudio de las materias que caen dentro de este *adjetivo,* so pena de inscribir en tal denominación una serie de asuntos que desnaturalizan el título, como ha hecho Paul Cuche, en cuyo libro (1) la etiqueta no corresponde al contenido. Esas inexactas expresiones han sido acogidas con gran favor por los franceses; los italianos, en cambio, prefieren el término *Discipline carcerarie;* y los alemanes no han empleado, que yo sepa, en ninguna de sus obras, sobre este asunto, la palabra *Wissenschaft,* que es la que significa *ciencia,* sino las voces *Wessen* (1) y *Kunde,* es decir, *organización* o *servicio* y *conocimiento* (2).

---

(1) *Traité de science et de législation pénitentiaire,* París, Lib. de Droit, 1905.

(1) El autor ha traducido *Gefängnisswesen* por *Ciencia de las prisiones* (pág. 5, nota 2); pero me parece impropia la versión.

(2) He aquí, en prueba de lo dicho los títulos de algunas obras alemanas referentes a esta materia: Krohne, *Lehrbuch des Gefängniskunde* (Tratado de conocimientos penitenciarios), Stuttgart, 1884; Holtzendorff y Jagemann, *Handbuch des Gefängnisswesen* (Manual de organización penitenciaria), Hamburgo, 1897; N. H. Kriegsmann, *Einführung in die Gefängniskunde* (Introducción a los conocimientos penitenciarios), 1912. La traducción española, antes citada (vid. pág. 26), se titula con acierto *Preceptiva penitenciaria.* La Revista de la Sociedad de los empleados alemanes de establecimientos penales (*Zeitschrift des Vereins der deutschen Strafanstaltsbeamten*) se titula: *Blätter für Gefängniskunde* (Hojas de conocimientos penitenciarios).

Digitized by Google

Tras de un *primer capítulo* consagrado a las ideas preliminares de PENOLOGÍA —*concepto* y *contenido*—, donde se halla la definición que acabo de comentar, estudia Calón, en un *segundo capítulo,* LA PENA Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD. Al tratar, en él, de la *evolución de la pena,* analiza la vieja teoría de que la venganza privada es el origen de la pena, y contra los argumentos antiguos opone las razones de los modernos investigadores (págs. 13-14), concretando de este modo la posición que atrae sus simpatías: "Así, pues, la primera manifestación de la pena propiamente dicha, según la opinión expuesta, no es la venganza privada, la venganza es una de las primeras fases de la reacción, pero es la venganza permitida, regulada y limitada por el Poder mediante el talión y la composición" (pág. 15). En el proceso evolutivo sigue a esta fase de *venganza organizada,* y a las de *expiación e intimidación,* la *fase humanitaria* y el *período científico* (págs. 13-16), en el cual "la pena, relegando a segundo término la apreciación de la entidad jurídica *delito,* aspira a adaptarse a la temibilidad del delincuente para realizar una función de defensa social (por la intimidación, la corrección o la eliminación del delincuente)" (pág. 16). También en las épocas antiguas se ejerció la defensa; pero "la gran diferencia existente entre la defensa social realizada en estas épocas remotas y la que se proclama en las sociedades modernas, consiste en que en aquélla, la defensa, se realizaba de un modo ciego, exhurebante e ilimitado, sin economía de sangre ni de dolor, mientras que hoy se trata de una defensa realizada de un modo racional y humano, resumido por Alimena en estas palabras: "La pena debe alcanzar el máximum de defensa social con el mínimum de sufrimiento individual" (pág. 18).

Después —dentro de este segundo capítulo— se ocupa en los *caracteres de la pena,* haciendo constar que "a la proporcionalidad entre la pena y el delito, oponen las escuelas modernas la proporcionalidad entre la pena y el delincuente, a la pena determinada de antemano, oponen la pena indeterminada" (pág. 19). Esto le lleva a tratar de la *individualización de la pena* (págs. 19-27), que expone siguiendo el conocido y apreciado libro de Saleilles, y de las *penas indeterminadas* (págí-

Digitized by Google

nas 27-36). En este último punto se abstiene Cuello de pronunciarse francamente en pro de la sentencia absolutamente indeterminada o de la relativamente indeterminada, limitándose a exponer ambas doctrinas; sin embargo, parece vislumbrarse una leve simpatía por el segundo sistema. En mi primer libro expuse yo mis convicciones sobre asunto de interés tan alto: entonces me pronuncié en pro de una sentencia absolutamente indeterminada (1), y no he tenido motivos de arrepentirme, a pesar de los grandes peligros que puede presentar esta doctrina para los derechos individuales, cuyo problema abordaré en un próximo estudio (2).

En seguida trata Cuello de la *clasificación de las penas* (páginas 36-38) y de un tema vitalmente sugestivo: *la decadencia de la pena* (págs. 38-47). Aquí cita la opinión de Liszt, que aboga por los medios preventivos, y de Garraud, que afirma que la pena no es el único medio ni el más eficaz en el combate contra el crimen, exponiendo, con más detenimiento, el criterio de Ferri y los sustitutivos penales. Cuello concluye así, expresando su idea con sensatas palabras: "Después de lo que se acaba de exponer —que no creo que pueda tacharse de exagerado, y si tal se cree examínense los proyectos y anteproyectos austriaco, alemán, suizo, sueco, servio, etc.—, cabe afirmar sin temor que nos hallamos en un período de decadencia de la pena. No sería justo proclamar su absoluta inutilidad, cosa que nadie ha hecho, ni el mismo Ferri, que la atribuye un efecto beneficioso sobre cierto grupo de delincuentes; pero creo que actualmente sería inexacto afirmar que la pena es el más eficaz y el más importante medio de defensa social contra el delito" (pág. 43).

En este mismo capítulo segundo se ocupa el autor de las *medidas de seguridad*, exponiendo las *diferencias entre éstas y la pena* (págs. 43-47); y termina con el estudio de estos problemas en el *Código penal español* (págs. 47-54). El criterio de Cuello sobre el fin de la pena en nuestro Código se halla más

(1) *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas "a posteriori"*, Madrid, Reus, 1913.

(2) *El Derecho penal y las garantías individuales*, que pronto verá la luz.

Digitized by Google

claramente consignado en las *Notas* a la obra de Pessina, cuya reseña he hecho en la recensión anterior.

Todo el *capítulo tercero* lo destina el autor a LA PENA DE MUERTE. En primer lugar enfronta la gran polémica movida por *abolicionistas y antiabolicionistas* (págs. 55-70), tomando un partido favorable a la supresión de la pena capital, pero huyendo, con buen acuerdo, de los argumentos sentimentales. "Es indudable —dice— que la sociedad tiene el derecho de defenderse contra los criminales más temibles, de librarse de ellos para siempre si representan una amenaza perpetua para la tranquilidad y la ordenada vida social; mas para ello no es preciso acudir a la pena de muerte. En las pasadas edades, cuando no se disponía, como hoy, de una organización penitenciaria más o menos perfecta, no es de extrañar que la última pena fuese el único medio de eliminación de los grandes criminales. Mas hoy, cuando en todas partes, en todos los países, existe un crecido número de establecimientos penales, la sociedad puede defenderse de los grandes delincuentes sin derramar sangre, recluyéndoles indefinidamente mientras no dejen de constituír un peligro para los demás. Si no intimida, como implícitamente se reconoce al decretar su ejecución de modo clandestino y vergonzoso dentro de los muros de la prisión, si presenta el formidable peligro de la irreparabilidad en el caso muy posible de un error judicial, sustituyámosla por otro medio de defensa social más humano, de igual o mayor eficacia protectora y exento de tantos peligros" (págs. 69-70). Después de poner de manifiesto el *progreso del abolicionismo en la doctrina penal* (págs. 70-71), señala su más intenso avance *en las legislaciones* (págs. 71-73). A más de las que el autor cita, debo mencionar su supresión en Suecia y en el recientísimo Código argentino, que está en vigencia desde el 29 de abril de 1922, cuya decisión ha sido causa de que la "Liga española de los derechos del hombre" haya enviado a la Argentina un entusiasta manifiesto de enhorabuena, firmado por la Junta nacional, de la que tengo el alto honor de formar parte (1). Al ocu-

(1) Puede verse este manifiesto en la revista *España*, de 22 de julio de 1922.

Digitized by Google

parse Cuello del asunto *en España,* destaca el hecho de que la mayoría de los condenados a muerte son indultados (págs. 79-80); pero en este año de 1922 ha quebrado la humanitaria costumbre con una verdadera racha de ejecuciones, que han motivado, por reacción, una proposición de ley para abolir la pena capital, presentada al Congreso en la legislatura de 1922 por diputados de la izquierda.

En el *capítulo cuarto* estudia Cuello las PENAS CORPORALES, que le producen una cierta repugnancia (págs. 90-92) y trata, con especial interés, de la polémica entablada en torno a la *utilidad de estas penas para los menores delincuentes* (págs. 96-99), problema que había abordado antes en un sugestivo artículo. En este punto enumera los argumentos adversos, opuestos por la generalidad de los escritores: lesionar la dignidad del niño, poner en peligro su salud y moralidad y provocar el suicidio, y hacer surgir perversiones sexuales que se hallaban en estado de latencia (pág. 98) —lo que parece fuera de duda para los que aceptan la teoría del psiquiatra vienés S. Freud—, y termina sentando su parecer autorizado: "Como se ve por las consideraciones expuestas —dice—, los azotes, ya como pena, ya puramente como medida disciplinaria, deben rechazarse. Sin embargo, yo no dudaría en admitirlos siempre que su aplicación tuviera un sentido puramente paternal y cuando se tratase de niños sanos. Pero yo quisiera que su imposición perdiera el carácter, el aparato, la *majestad* de la pena, y se impusiera, como la madre a sus hijos, de una manera enteramente familiar y privada" (pág. 99). Este capítulo finaliza con *la asexualización de ciertos delincuentes y degenerados peligrosos,* asunto del que me he ocupado yo también en un trabajo (1) que Cuello utiliza, completándole con datos posteriores a la fecha en que escribí mi estudio (págs. 100-102).

El *capítulo quinto* es el más extenso de todo el libro y se dedica a las PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. Tras de los *oportunos precedentes históricos* (págs. 105-109) trata el autor de

(1) *La esterilización de los anormales y delincuentes incorregibles,* en REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, año I (1918), págs. 23-38. Vid., también mi *Política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas,* Madrid, Suárez, 1918, págs. 196-232.

Digitized by Google

los *sistemas penitenciarios* (págs. 109-121), de los cuales rechaza el celular o de Filadelfia: "Yo tengo —dice— como decisivo en contra de la celda la opinión de los empleados del Cuerpo de Prisiones, que prestan o han prestado su servicio en cárceles celulares. Todos piensan lo mismo; que el aislamiento celular diurno y nocturno impuesto con vigor quebranta profundamente la salud física y mental de los reclusos" (págs. 116-117). Preferible a este sistema es el auburnés (pág. 120), y el más loable, entre todos, el que se sigue en los Reformatorios americanos, que es "un perfeccionamiento del régimen progresivo" (págs. 121-123). A seguida trata el autor de la *libertad condicional* (págs. 123-127) de la institución americana, que tiene semejanza con la anterior, designada con el título de *libertad bajo palabra* (*on parole*) (pág. 127), del *patronato post-carcelario* (págs. 127-130), y de todos estos asuntos referidos a las *leyes españolas* antiguas y modernas (págs. 130-161). En este mismo capítulo desenvuelve, además, los siguientes temas: el *régimen disciplinario* (págs. 161-165), el *trabajo en las prisiones* (págs. 166-175) —donde proporciona interesantes datos oficiales del trabajo en las prisiones centrales españolas, adquiridos por Cuello en la Dirección general de Prisiones y relativos al mes de diciembre de 1918 (págs. 173-174)—, la *instrucción* (págs. 175-176), la *asistencia religiosa* (págs. 177-178), la *asistencia médica y la higiene* (págs. 179-180), el *personal penitenciario* (págs. 180-183) y el *patronato post-carcelario en España* (págs. 183-185).

En el *capítulo siguiente* (1) se estudia LA TRANSFORMACIÓN O DEPORTACIÓN, de la que es Cuello decidido adversario, por estimar que todos o casi todos los fines que se la habían señalado "han fracasado en la práctica" (pág. 203), y, "en cuanto a los deportados, ninguna de las esperanzas que se cifraban se han realizado. Especialmente se creía que constituiría un precioso auxilio para la colonización; pero la experiencia ha demostrado... que la mayor parte de los condenados a esta pena

(1) También este Capítulo lleva el número V, por un error que no se ha subsanado, de modo que hay dos capítulos V, y el último de la obra es el XIV, debiendo serlo el XV.

Digitized by Google

son individuos débiles, enfermos, agotados por todo género de excesos, desprovistos de vigor y de energía" (pág. 204).

A la REACCIÓN CONTRA EL ABUSO DE LAS PENAS CORTAS DE PRISIÓN Y MEDIOS PROPUESTOS PARA SUSTITUÍRLAS, dedica el autor el *capítulo sexto*. Tras de examinar la *prestación de trabajo sin reclusión* (pág. 218), la *caución* y el interesantísimo instituto de la *recognizance* que existe en el Derecho inglés (págs. 218-221), la *reprensión* (págs. 222-223) y el *arresto domiciliario* (páginas 223-224), se consagra el autor a un más detallado estudio de la llamada *condena condicional* (págs. 224-239). Yo he sido, durante varios años, enemigo franco de esta institución, deslumbrado, tal vez, por la necesidad de obtener la defensa social íntegramente. Nuevos estudios y continuas meditaciones han hecho vacilar mi antigua posición adversaria (1), y hoy no me hallo muy distante de los que piensan que es una medida útil, siempre que se aplique con garantías y acompañada de los *probation officers* americanos. Cuello expresa bien esta actitud, a la que me voy inclinando cada vez más. Dice el autor: "La condena condicional es una institución loable siempre que se organice y utilice de un modo conveniente. Aparte de una minuciosa selección de los delincuentes que han de ser beneficiados con esta medida, creo necesario, para que dé en la práctica buenos resultados: *a*), que el período de prueba tenga suficiente duración para poder apreciar sin precipitación y sin error si el delincuente es digno del beneficio que se le concede; *b*), que se organice la vigilancia de los delincuentes que obtienen la suspensión de la ejecución de la pena. La organización de esta vigilancia debería inspirarse en los sistemas americanos e ingleses, creando *probation officers*, cuya misión consistiera, como en otros países, no puramente en una inspección policíaca de la conducta del delincuente, sino más bien en una afectuosa intervención en la vida de éste ayudándola moral y hasta materialmente cuando fuera necesario" (pág. 230).

Este capítulo termina con un ligero apunte del *perdón* (pá-

(1) Ya hice presentes mis dudas en uno de mis últimos libros: *Estudio crítico del Proyecto de Código penal italiano de 1921*, Madrid, Suárez, 1922, pág. 120.

Digitized by Google

ginas 239-240). Hay aquí una frase de Cuello que me interesa comentar: "Claro es —dice— que esta impunidad no se proclama más que para ciertos delincuentes nada peligrosos y para infracciones de escasísima importancia" (pág. 239). En este punto me aparto de la tesis del autor, y me parece más correcto el parecer de José Antón, que acaba de escribir una elegante monografía sobre el perdón judicial. En su certerísimo trabajo dice: "No creemos que la gravedad del delito deba funcionar como límite: esto estaría reñido con la verdadera individualización. Ferri presenta algunos casos de delitos graves que merecen el perdón: un hurto y falsedad realizados para comprar una medicina a la madre gravemente enferma, por una mujer laboriosa y honrada...; un padre que mata al asesino de su hijo en un arrebato de amor paternal ofendido" (1).

El *capítulo séptimo* versa sobre las PENAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD, donde estudia las que privan al reo de escoger el lugar de *residencia* (relegación, extrañamiento, confinamiento, destierro) (págs. 247-250 y 251-253), y la *vigilancia a la autoridad* (págs. 250-251), que rechaza Cuello con justa repulsa: "La práctica ha demostrado que semejante medida no llenaba los fines de defensa social propuestos, sino que, por el contrario, dificultaba la rehabilitación del delincuente, le imposibilitaba para encontrar una ocupación lícita, pues la continua intervención policiaca en su vida ponía de manifiesto a los ojos de todo el mundo su condición de delincuente. El Derecho moderno, que procura por todos los medios obtener la rehabilitación de los condenados, rechaza, naturalmente, esta institución... La hostilidad que se muestra hoy contra tal vigilancia aparece bien claramente en el terreno legislativo" (págs. 250-251). ¡Y el señor Piniés no lo sabía! puesto que pretendió desempolvar la vieja medida, con el nombre de "vigilancia de conducta", nada menos que para los delincuentes que obran por un móvil político o social, en su absurdo proyecto de reforma del Código, abortado el año 1921 (2).

(1) Vid. José Antón, *El perdón judicial*, en REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, año V (1922), págs. 209-210. El trabajo se ha publicado después en un libro, con el mismo título.

(2) Cfr. Luis Jiménez de Asúa, *Los delitos sociales y la reforma del Código penal*, Madrid, Reus, 1921, págs. 46 y 57.

Digitized by Google

El *capítulo octavo* se ocupa en las PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS (págs. 256-264), y el *noveno*, en las PENAS PECUNIARIAS (págs. 266-274), de las que se muestra el autor partidario entusiasta (págs. 267-269).

Cuello trata en el *capítulo décimo*, del TRATAMIENTO CORRECCIONAL DE LOS MENORES DELINCUENTES, tema en el que el autor es una reconocida autoridad, por haberle dedicado lo mejor de sus desvelos de estudioso (1). Con sus propias palabras podemos resumir así su certero criterio, conforme con el de la mayoría de los escritores modernos: "...los niños, dentro del espíritu que hoy domina en esta materia, no pueden ser castigados con verdaderas penas, con ninguna: ni con la prisión, ni con los azotes, ni con la reprensión, ni la multa; sólo pueden tomarse respecto de ellos medidas tutelares y educativas" (página 290). A esta declaración sigue un sagaz examen de los *medios* aludidos: libertad vigilada y colocación en familia, y establecimientos de educación correccional, como escuelas de reforma, repúblicas de jóvenes, etc. (págs. 290-300). Al tratar de las *leyes españolas*, relativas a estos extremos, pone de manifiesto el lamentable atraso en que nos hallamos: "En el momento presente —dice— no hay en España ni una sola institución que responda a las exigencias científicas en materia de educación reformadora" (pág. 305); incluso en la reciente ley de Tribunales para niños, de 25 de noviembre de 1918, encuentra Cuello "defectos y lagunas de consideración" (pág. 308), y todavía ha sido excesivamente benévolo: yo la he combatido más enérgicamente aún (2).

El *capítulo once* se consagra a las MEDIDAS DE SEGURIDAD APLICABLES A LOS LOCOS DELINCUENTES Y A LOS DEFICIENTES MENTALES PELIGROSOS. Cuello aboga por la creación de *manicomios criminales* o *asilos de seguridad* (págs. 318 y sigs. y 323-324); pero no debe olvidarse que hoy se discute si es útil instaurar tales manicomios o si sería más práctico recluir a los enfermos de la mente autores de infracciones en departamentos especiales de los manicomios ordinarios, así como que

(1) Vid. atrás, págs. 29 y 30.
(2) Vid. atrás, págs. 42-45.

Digitized by Google

existe una reciente tendencia a no hacer de la reclusión en establecimientos manicomiales el único medio de lucha contra las psicosis peligrosas, en muchas de las cuales debe intentarse una vigilancia especializada (1).

En el *capítulo doce* se estudian las MEDIDAS DE SEGURIDAD APLICABLES A LOS DELINCUENTES EBRIOS Y ALCOHOLIZADOS (páginas 326-332); en el *trece,* las MEDIDAS DE SEGURIDAD CONTRA LOS MENDIGOS Y VAGABUNDOS (págs. 333-341), donde se dedica un puesto preferente al análisis y elogio del sistema belga y de sus establecimientos de Merxplas y de Brujas, visitados por el autor (págs. 336-337); y en el *capítulo catorce* —último de la obra—, se trata de las MEDIDAS DE SEGURIDAD CONTRA LOS CRIMINALES REINCIDENTES Y HABITUALES (págs. 342-347), en el que se analizan los distintos sistemas adoptados por las leyes extranjeras, entre los cuales estima justamente Cuello, como el más perfecto, el seguido por los proyectos de Suiza y Suecia, consistente en la reclusión indefinida, temporal o perpetua, de los habituales y reincidentes, en establecimientos especiales reservados para ellos (pág. 344).

El autor dice en el prólogo de esta obra, acabada de analizar, que su intención al componerla ha sido reunir los más salientes trabajos escritos sobre *Penología,* que "andan sueltos y disgregados en monografías y revistas". La modestia del propósito ha sido traspasada: nos hallamos ante un libro excelente, trabajado con seriedad.

---

(1) Vid. José María Sacristán, *Para la reforma de la asistencia a los enfermos mentales en España,* publicado en los *Archivos de Neurobiología,* tomo II, núm. 1, marzo 1921. Edición separada, Madrid, Ruiz, pág. 10.

Digitized by Google

3

JOSÉ ANTÓN ONECA: *Derecho penal.* (Obra ajustada al programa del primer ejercicio de oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y al Ministerio fiscal de 5 de enero de 1922.) Madrid, Editorial Reus, 1922. Un volumen, en 4.°, de 186 páginas.

El libro que aquí reseño es el primero de José Antón, actualmente catedrático de Derecho penal en la Universidad de Salamanca, tras de ejemplares oposiciones (1), y lo que sorprende ante todo, al que lo recorre, es hallar en su autor una cualidad nada vulgar: el estilo elegante y escrupuloso en que están escritas estas páginas técnicas. Sus lecturas asiduas, a que le impele una curiosidad vigilante y sostenida, le han quitado esa tiesura y pobreza de léxico que suele hallarse en las primeras obras científicas de los escritores: yo diría que al andar por un terreno difícil que no conocen bien, cuidan más de asentar con firmeza la planta que de la armonía de la marcha.

Esta obra fué editada con un propósito humilde, que revela el subtítulo: servir de pauta a los opositores a la Judicatura y Ministerio fiscal en la preparación del Programa para el primer ejercicio. El autor, sin embargo, ha puesto en el cometido tan alto espíritu y tal acierto, que cada uno de los veintisiete temas constituyan una breve pero excelente monografía del asunto. Quiero destacar este hecho para hacer bien patente que no puede culparse a José Antón de la mala sistemática adoptada, y menos aún del pésimo enunciado de algunos temas (2). Ya cul-

(1) Vid. sobre él, y sus obras, más atrás, págs. 12 y 27. En el lapso de tiempo que separa esas páginas, de las presentes, han tenido lugar estas oposiciones en que Antón ha logrado, por unanimidad, la Cátedra que ocupó el maestro Dorado.

(2) Como los anteriores Programas de Judicatura fueron redactados por la misma "Junta calificadora", me interesa hacer constar, ya que en estas oposiciones he figurado como miembro del Tribunal, que esta vez se ha encargado de redactarlo el Ministerio de Gracia y Justicia; pero como es notorio que el Ministerio ha encomendado su composición a uno de los Vocales de dicha "Junta calificadora", me importa doble-

Digitized by Google

da el autor de señalar en algún caso con su fina ironía la "falta de precisión y de sentido escrupulosamente originales", que "en la redacción del programa se ha observado" (pág. 118, nota 3) (1).

Con ser dignos de alta loa todos los trabajos contenidos en este libro, hay algunos que destacan por su fina composición y sagaz contenido. Desgraciadamente, no puedo ocuparme, una por una, de todas las páginas de esta obra; trataré tan sólo de esos estudios más densos y mejor trabajados.

El que inicia el libro acredita a su autor de saber sistematizar las materias más complejas. El tema es el FUNDAMENTO DEL DERECHO DE CASTIGAR (págs. 5-17). Después de rechazar la *clasificación de los sistemas penales* adoptada por Bauer, y que es la generalmente seguida, compone una que es, a mi juicio, perfecta. Para que sea más fácilmente comprensible, en estas notas, la transcribiré en forma de cuadro:

CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS PENALES.

- I. TEORÍAS CLÁSICAS.
  - A) *Teorías utilitarias.*
  - B) *Teorías morales.*
    - a) Teoría del contrato social.
    - b) Teoría de la retribución.
    - c) Teoría de la transformación del derecho a la obediencia.
    - d) Teoría correccional.
    - e) Teorías abolicionistas (anarquistas).
  - C) *Teorías eclécticas.*
    - a) Eclecticismo francés.
    - b) Eclecticismo italiano.
- II. TEORÍAS POSITIVISTAS.
  - A) *El positivismo dogmático.*
  - B) *El positivismo crítico.*

Al dar el concepto de *escuela clásica* logra lo que hasta ahora no se había conseguido en España: aclarar y fijar esta noción, que se hallaba envuelta en confusiones. El autor dice, con acierto, que, así como el término escuela positiva "responde a una realidad", no ocurre lo mismo con la escuela clásica, que es una "unidad levantada para presentar frente a la escuela positiva todos los sistemas construídos sin utilizar como método de in-

---

mente hacer público, que yo no he puesto mano en él y que no lo he visto hasta que fué publicado en la *Gaceta*.

(1) Esta nota del autor va en uno de los temas en que se presenta más agudamente esa originalidad en la falta de sentido. Dice así el tema XLVI del Programa: "Criterio para medir la cantidad y el grado de la pena: causas aplicables por los Tribunales; las políticas o de pública utilidad encomendadas a otros Poderes públicos."

Digitized by Google

vestigación el positivo, aunque fuera de sus características metodológicas presenten contenidos bastante variados". El carácter más general del clasicismo es, pues, "emplear exclusivamente procedimientos racionalistas, construyendo el Derecho penal sobre conceptos especulativos, sin cuidarse de observar cuanto en el mundo criminal hay de real y biológico" (págs. 7-8).

Al hablar de la *escuela positivista* destaca Antón el hecho indudable de que, resistiendo a la crítica levantada por los adversarios, "sobrevive la mayor parte de la obra de Ferri: la causalidad del delito como un producto complejo de factores físicos antropológicos y sociales, con preponderancia de los económicos; su famosa ley de *saturación criminal;* la clasificación de los delincuentes en *locos, natos, habituales, ocasionales y pasionales,* y su teoría de *responsabilidad social,* son afirmaciones que se encuentran todavía en los libros más modernos y que probablemente han de subsistir..." (pág. 14).

Llegado el instante de fijar su posición, el autor examina la teoría correccionalista de la *tutela* y la positivista de la *defensa.* Aisladas no bastan, pues la primera, por sí sola, conduce a la utopía, y la segunda a un rigorismo excesivo y arbitrario. "El porvenir del Derecho penal —concluye el autor— está, a nuestro modo de ver, en la conciliación entre la defensa y la tutela... El jurisconsulto español no debe permanecer ajeno a las teorías defensistas que dominan en la ciencia penal moderna; pero tampoco puede sustraerse a la ley de herencia que le impulsa hacia la tutela, por ser esta la doctrina de la escuela española" (pág. 17). El autor se declara así —según él mismo reconoce— partidario de la teoría que yo he sostenido, al decir, comentando una idea genial de Dorado Montero, que *debemos proteger al delincuente y, de este modo, proteger, a la vez, a la sociedad* (1).

Otro de los trabajos cuidadosamente elaborados es el que trata de la DEFINICIÓN DEL DELITO (págs. 38-48). El autor analiza

(1) Vid. mi *Estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo,* Madrid, Impr. de Pueyo, 1922, página última. Esta idea fué expuesta ya por mí en 1920, en una conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno,* Madrid, Reus, 1920, págs. 32-34.

Digitized by Google

primero las varias nociones defendidas por las diferentes escuelas y los distintos autores, clasificándolas en cuatro grupos: *noción jurídica, noción filosófica, noción sociológica y noción sociológico-jurídica* (págs. 38-45), ocupándose después en el análisis del concepto dado por el *Código penal español* (págs. 45 y siguientes). En este asunto José Antón se hace también secuaz de mi criterio: yo he sostenido, recientemente, que un Código no debe definir el delito, pues esta es tarea de tratadistas y no de legisladores (1). El autor, por su parte, escribe: "En los Códigos penales deben rechazarse las definiciones generales en nombre de la exactitud y de las garantías, pues éstas se satisfacen mediante una precisión tan minuciosa que exigen la definición de cada uno de los elementos genéricos del delito en la parte general y de cada una de las figuras específicas en la parte especial. Luego, una de dos, o la definición universal del delito es causa de que el legislador, descansando en ella, olvide la precisión en las demás, o si se cumplen esos requisitos en ellas, el concepto universal es superfluo, y, en todo caso, servirá, por la misma vaguedad a que le obliga su concisión, de laberinto de dudas para los comentaristas y de escudo contra la ley para los Abogados defensores" (págs. 47-48).

De alto interés es también el estudio siguiente, que versa sobre LA VOLUNTARIEDAD DE LAS ACCIONES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (págs. 48-59), constituyendo uno de los más completos comentarios a la palabra *voluntarias,* con que califica el art. 1.° de nuestro Código a las acciones y omisiones que se reputan delictivas (págs. 48 y sigs.) Al abordar el tema de si esa voluntariedad *la deja el Código a la discreción y arbitrio de los Tribunales o establece un principio que limita en el art. 8.°*, se pronuncia el autor, con gran acierto, por que la serie de eximentes catalogadas en el artículo 8.° no agota la materia, ya que existen otras varias, no reconocidas por dicho artículo —como el error esencial de hecho, el sueño, el sonambulismo, la sugestión hipo-

(1) En varias de mis obras se halla este punto de vista. Vid. la más reciente: *Derecho penal moderno y español,* en *Adiciones* a la traducción española del *Programa del curso de Derecho criminal* de Francisco Carrara, Parte general, vol. I, Madrid, Reus; 1922; págs. 84-85.

Digitized by Google

tética, ciertas neuropatías, como la epilepsia, que no son locura ni imbecilidad, la sordomudez y las pasiones— que deben y pueden ser apreciadas, precisamente al amparo del artículo 1.°, que exige la *voluntariedad* de las acciones u omisiones para que sean consideradas como delito o falta, ya que los actos perpetrados en alguna de esas situaciones de inimputabilidad *no son voluntarios* (págs. 58-59).

En el problema del DELITO IMPOSIBLE POR IDONEIDAD DE MEDIOS, (págs. 59-65), a que va consagrado otro de los temas desarrollados por Antón, sintetiza el autor las teorías expuestas por los escritores, clasificándolas en tres grupos: sistemas *objetivo, subjetivo* e *intermedio,* pronunciándose abiertamente por el segundo —que con tanta tenacidad impuso von Buri—, pero con las modificaciones introducidas por Garofalo. Es decir, que el autor sostiene —por creer, muy fundadamente, que este sistema es "el más conforme con las ideas modernas sobre la responsabilidad basada en el estado peligroso—" la siguiente tesis: "La medida de la penalidad está en la perversidad del agente, y, por tanto, si la tentativa es bastante para revelar la existencia de temibilidad en el reo, no hay diferencia entre la imposible y la otra" (pág. 62).

En la IMPUTABILIDAD (págs. 73-85) se ocupa Antón en otro de sus trabajos sugestivos. En presencia de las dos direcciones filosóficas, la *libero-arbitrista* y la *determinista,* toma el autor una posición relativa: "La voluntad del hombre —dice— está efectivamente determinada, pero con una determinación *sui generis,* compatible con un cierto grado de libertad... Este caudal de libertad puede acrecerse mediante la educación del carácter, aprovechando los momentos favorables para ir adueñándose poco a poco de la voluntad... Admitimos, pues, una libertad relativa; pero esta libertad no nos sirve para sostener sobre ella el principio de la responsabilidad" (pág. 77). Por ello se dedica a la busca de otros principios en que basarla, y examina principalmente la *teoría de la normalidad* de von Liszt, la de la *identidad personal y semejanza social* de Tarde y la de la *intimidabilidad* de Impallomeni y Allimena (págs. 78-80), terminando con la exposición, rodeada de cálida simpatía, de la fórmula del *estado peligroso* (págs. 80-84), tal como yo la he desenvuelto en

Digitized by Google

recientes trabajos sobre el asunto, varias veces mencionados en el transcurso de estas notas bibliográficas.

Un estudio sagaz dedica el autor a los DELITOS DOLOSOS Y CULPOSOS (págs. 102-110). Al ocuparse en el *dolo* examina, en puesto preferente, la teoría del motivo, que Ferri exige para que la noción del dolo aparezca (pág. 103), y al tratar de la *culpa* estima la previsibilidad como criterio cierto "pero insuficiente y necesitado de complemento. El complemento está constituído por la impericia y la ineptitud" (pág. 107). Quiero destacar además la razonada repulsa de que hace objeto el autor —con motivos sobrados— a una sistemática y terminología que se ha querido crear en España. Al edificar la doctrina de los delitos de omisión, se ha colocado, junto a las dos clases de éstos, universalmente aceptadas (delitos de omisión propiamente dichos y delitos de comisión por omisión), la de los delitos culposos, bautizados con el nombre de "delitos por omisión espiritual". El autor escribe: "No nos parece justificable esta sistemática... Los delitos culposos son término de una clasificación que mira al elemento moral, y los de omisión son término de otra clasificación que se refiere al elemento material. De aquí que no puedan combinarse ambos criterios so pena de faltar al requisito lógico de toda clasificación, consistente en la recíproca exclusión de los términos, pues los delitos culposos pueden ser por acción o por omisión y los de omisión pueden ser dolosos y culposos" (pág. 69).

Al hablar —en otro de sus temas— de la PENA DE MUERTE (págs. 121-128), se muestra abolicionista desde sus primeras palabras: "Una de las señales más evidentes del progreso en los sentimientos colectivos es la crisis por que atraviesa la pena de muerte" (pág. 121). Examina los principales argumentos que se han alegado en pro y en contra de la pena capital, destacando el mayor peso y volumen de los últimos (págs. 124-127), y, al hablar de la piedad, escribe estas palabras transidas de noble sentimiento: "...Un humanitarismo bien entendido tiene que llevar a la abolición... No hay paridad entre los sufrimientos de la víctima de un asesinato y los del asesino al ser ejecutado; el instinto de la vida se consuela en aquélla como en el enfermo desahuciado mientras alienta, con una esperanza de salvación

Digitized by Google

que siempre existe, por tenue que sea, mientras que en los últimos momentos del reo el ansia instintiva de vivir choca contra la seguridad absoluta del fin inmediato" (pág. 127).

Con motivo del trabajo sobre los DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL ESTADO Y SOBRE SI PUEDEN CALIFICARSE TODOS DE POLÍTICOS A LOS EFECTOS DE LOS TRATADOS DE EXTRADICIÓN (páginas 143-147), examina el autor, a la luz de la ciencia, el caso de la extradición de Nicolau y su mujer, entregados a España por el Gobierno de Berlín, como presuntos matadores de don Eduardo Dato. Después de exponer los argumentos en que se apoyan los que creen que fué justa la entrega (1), y los que opinan que no lo fué, Antón piensa que el problema es *dudoso* "para quien se lo plantee imparcialmente. En el fiel la balanza, caerá de uno u otro lado, según donde se ponga la pasión, exagerando las exigencias del interés público o el respeto al ideal político" (págs. 146-147). Aunque no es este lugar propio para defender mi pensamiento, quiero hacer constar que, en mi balanza, pesa más, mucho más, el ideal político-social, que las supuestas exigencias de un orden público estatuído bajo el poder de una clase incomprensiva.

En el trabajo que sigue al acabado de examinar trata Antón de los DELITOS RELIGIOSOS (págs. 147-152) y del desacuerdo del Código y los preceptos constitucionales, de cuyo divorcio surge una grave dificultad para el día en que aquél se reforme, "pues —como dice muy bien el autor— ni los partidarios de la derecha tolerarían que el nuevo Código siga en desarmonía con la Constitución, ni los de la izquierda consienten lo que califican de retroceso en la materia". Mas, como añade Antón, "de todos modos la reforma no llegaría a restablecer el delito de apostasía; el principio de libertad de conciencia está terminantemente consagrado en el párrafo segundo del art. 11. La reforma afectaría a lo meramente externo..." (pág. 152).

El último de los estudios que quiero analizar aquí es el de los DELITOS SOCIALES (págs. 168-173). Tras de exponer los tres

---

(1) Este es el parecer de Eugenio Cuello Calón, *Sobre la extradición de los delitos políticos y de los delitos sociales* en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, tomo CXL (1922), pág. 494.

Digitized by Google

criterios que se disputan la hegemonía en el campo científico —el *objetivo*, el *subjetivo* (que expone siguiendo los principios sentados por mí) (1), y el *subjetivo-objetivo* (págs. 168-171), se afana Antón en diagnosticar los atentados que con tanta frecuencia han sido cometidos en Barcelona. El autor opina que no está justificada la represión más enérgica, "porque lo que estos crímenes tienen de especial es el motivo de lucha de clases, y como la especialidad de la represión resultaría determinada por la del motivo, parecería que el Derecho penal tomaba parte en la lucha, y en vez de limitarse a la defensa social, se aprestaba a una defensa de clases". Pero no se atreve Antón a pronunciarse en pro de una mayor benignidad —criterio que yo he defendido y en el que cada vez me hallo más firme—, quedándose en el punto medio: "Según nuestra opinión —dice—, los crímenes que en España se han llamado sociales deben castigarse como delitos comunes" (págs. 172-173).

Este libro de Antón —del que he ido destacando algunas de las páginas más meditadas y elegantes—, revela que el autor es una realidad científica y le muestra, a la par, como una de las más altas y henchidas promesas.

4

José Antón Oneca: *El perdón judicial.* Monografías del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Madrid. (Separado de la Revista de Ciencias jurídicas y sociales.) Madrid, Tip. de la "Rev. de Archivos, Bibl. y Museos", 1922. Un folleto en 4.°, de 90 páginas.

De una excursión científica a París, donde el autor estudió los Proyectos franceses de la ley del perdón, ha nacido este primoroso folleto, que primero vió la luz, desgranado en artículos, en la Revista de Ciencias jurídicas y sociales (2). Este trabajo, compuesto con calurosa simpatía, se halla escrito con el estilo

(1) *Los delitos sociales y la reforma del Código penal*, Madrid, Reus, 1921.

(2) Año V (1922), págs. 5-22, 186-226 y 411-443.

Digitized by Google

pulcro y esmerado del autor, que destaqué, al tratar de su *Derecho penal* reseñado en la nota anterior, como un mérito raro en los escritores noveles.

La *primera parte* de este trabajo se destina a la INTRODUCCIÓN, en la que, tras un breve *prólogo* (págs. 5-6), fija el autor la *noción del perdón judicial* (págs. 6-9). "Consiste esta institución —tal como hoy se plantea— en la facultad concedida a los Jueces para que, una vez comprobada la culpabilidad del reo, remitan, en virtud de las excepcionales circunstancias concurrentes en el caso particular, la pena fijada al delito por la ley" (página 6). Antón advierte que "no se trata de introducir algo absolutamente nuevo, revolucionario y perturbador, sino simplemente de poner en manos de los jueces facultades ahora ejercidas por órganos menos capacitados", como el Jefe del Estado, que ejerce la gracia; la propia víctima, que perdona en los delitos privados, y el Jurado que otorga perdones "bajo ficción cuando pronuncia veredictos de inculpabilidad, a favor de reos cuya culpabilidad es tan manifiesta como la concurrencia en ellos de circunstancias interesantes que inclinan a la indulgencia" (páginas 6-8). El autor sale al paso de los que quieren ver en el perdón un instituto superfluo, puesto que en la vía pietista se ha llegado ya a la condena condicional. Con acierto dice Antón que ésta "se da para los delincuentes de pequeña peligrosidad... y el perdón judicial se reclama para delincuentes de peligrosidad nula, o si se quiere sujetos honrados que cometieron delitos, para quienes la condena bajo condición sería una aflicción completamente inútil" (pág. 9). En efecto, entre ambas instituciones, "las diferencias son más profundas que aparentes" (pág. 8).

El estudio preliminar termina con una investigación histórica sobre los *antecedentes del perdón judicial* (págs. 10-20), donde se desentierran curiosos precedentes remotos (págs. 10-11), se analiza el Derecho canónico (págs. 11-12), se habla del Derecho francés histórico (pág.12), se apuntan noticias de las legislaciones extranjeras ya sustituídas (págs. 12-15), y se profundiza en el derecho histórico español (págs. 15-20). Entre estos antecedentes, alejados y próximos, descuellan: la admonición canónica; la del Derecho francés, defendida por jurisconsultos como Rousseau de la Combe y Muyart de Vouglans; y el perdón condicio-

Digitized by Google

nal, conservado en las prácticas jurídicas inglesas hasta las leyes modernas. En España, las Partidas reconocen con tanta amplitud el arbitrio judicial, que da a los juzgadores facultad, no sólo para "crescer o menguar" los castigos, sino incluso para "*toller* la pena, segund entendieren que es guisado, o lo deuen facer".

La *segunda* parte de esta monografía se ocupa en LOS FUNDAMENTOS DEL PERDÓN. El autor, al hacer el resumen de su trabajo, fija su pensamiento frente a las teorías penales. "Concebimos el Derecho penal —escribe— como una fórmula protectora de intereses, con un doble fin: la defensa social y la tutela del individuo. Este último empieza a dibujarse en las primeras limitaciones de la venganza y acaba por fecundizar en multitud de instituciones modernas, entre las cuales, ninguna quizá acusa tanto como el perdón su filiación pietista" (págs. 86-87). El "progreso del Derecho penal —dice Antón en otras páginas, con frase feliz— consiste en su propia destrucción" (pág. 22).

El primer fundamento del perdón es, por tanto, *el fundamento ético*: *la piedad* (págs. 21-30). En páginas bellísimas, de suelto y elegante estilo, habla el autor del perdón en las religiones budista y cristiana, destacando los textos sagrados en que la piedad perdona al pecador y al delincuente (págs. 22-24). Tolstoy, en su obra *Resurrección*, trató de edificar una doctrina penal completa sobre estos principios cristianos de no resistencia al mal con la violencia, predicando la abolición del derecho a castigar (págs. 25-28). José Antón hace presente que este perdón absoluto nos lleva al abolicionismo, insostenible "porque la sociedad no puede librarse de sus leyes naturales que la obligan a defenderse de los criminales" (pág. 28); por ello se contenta el autor, como Séneca, con buscar argumentos, en pro del perdón, entre las prácticas familiares, en las que es constante esa medida de piedad (págs. 28-30). El perdón judicial —termina Antón— "es la máxima conquista que hoy podemos obtener con garantías de posibilidad jurídica en esa orientación hacia el fin protector del delincuente, uno de los fundamentos del Derecho penal moderno" (pág. 30).

A seguida trata el autor de demostrar que el perdón es no sólo conciliable, sino hasta exigible, desde el punto de vista de la defensa. Para lograrlo asienta el *fundamento técnico* del perdón

Digitized by Google

en la *individualización penal* (págs. 30-40). En el período igualitario del clasicismo era imposible el perdón judicial, que en su mismo nombre lleva el supuesto de ser otorgado libremente por el juez, y en su esencia el ser determinado por circunstancias meramente subjetivas (pág. 33). Con el método positivo irrumpe el sistema individualizador y con él se hace posible este instituto pietista (págs. 34 y sigs.). Tras de analizar los rasgos típicos de los delincuentes pasionales y ocasionales, a los que sería posible aplicar el perdón, lo reclama el autor para los casos de "delitos sin delincuente", es decir para los transgresores de la ley de nula peligrosidad, y habla, a modo de ejemplo muy característico, del perdón concedido en los casos de descubrirse el delito mucho tiempo después de perpetrado, si la conducta del sujeto demostraba su enmienda, sirviendo así el perdón de sustitutivo de la desacreditada prescripción penal (págs. 35-38). Al llegar aquí desarrolla el autor sus ideas más originales. Contra la frecuente exigencia teórica y legal de limitar los casos perdonables a infracciones de gravedad exigua, levanta el autor su convicción sólidamente instalada: "No creemos que la gravedad del delito deba funcionar como límite: esto estaría reñido con la verdadera individualización" (pág. 39). Cierto. Precisamente en los casos objetivamente más graves es donde suelen darse más casos de nula peligrosidad, más situaciones acreedoras al perdón; recuérdese el homicidio —citado por Ferri— del padre que mata al asesino de su hijo en un arrebato de amor paternal ofendido. Antón rechaza también el sistema casuístico —seguido por el Proyecto alemán— de autorizar el perdón expresamente para determinados delitos en la parte especial, fijando en cada uno ciertas condiciones. Puesto que el perdón se otorga mirando al sujeto, "bastará con una fórmula general en la que se indique la necesidad de circunstancias atenuantes que excluyan toda peligrosidad" (pág. 39). Ante el problema importantísimo de la exclusión de los reincidentes, el autor confiesa que tal vez sin ese límite no sea recibido sin recelos el perdón por las gentes, y que ello puede ser motivo razonable para transigir; "pero en principio nos pronunciaríamos por la negativa, ya que las circunstancias extraordinarias que llevan al delito a un sujeto honrado pueden repetirse, o darse por vez primera en el que, habiendo sido

Digitized by Google

criminal anteriormente, se ha regenerado, y la imposición de una pena que frustrase la corrección sería tan lamentable como la perversión del primario por una cadena inmerecida" (pág. 40). Un motivo más abona esta manera amplia de construír el perdón: la misma economía de su ejercicio; pues pesando íntegramente sobre el juez la responsabilidad de su acuerdo, cuidará mucho de no aplicarle más que en los casos propicios (pág. 40).

El tercer fundamento del perdón es el *fundamento práctico;* es decir, la necesidad de acabar con las *ficciones* (págs. 41-56). En la práctica de los Tribunales se siente de modo constante la precisión de perdonar, acudiéndose a ficciones para resolver el conflicto que se plantea entre las exigencias de la vida y las insuficiencias legales. El caso más típico es el de Magnaud "el buen Juez" francés, que fingía circunstancias eximentes cuando el imperio de las realidades lo reclamaba, forzando para ello la letra de la ley (págs. 41-42). Antón relata por extenso la sentencia de Magnaud en el conocido caso de Luisa Ménard; y si bien reconoce la justicia del "buen Juez" en este caso concreto, afirma, muy en lo cierto, que "el perdón no era legal", ya que no podía hallarse comprendido el robo por hambre en el art. 64 del Código francés que se invoca en el fallo (páginas 42 y sigs.). En lo que discrepo abiertamente del autor —según lo he hecho constar de modo reiterado— es en su tesis de que el robo famélico no constituye un estado de necesidad perfecto. En páginas de libros míos anteriores he tratado de explicar la postura de Antón, por el natural deseo de ensanchar el ámbito de la institución que monografía y con la que se ha encariñado en largas horas de paciente estudio: si el robo necesario fuera uno de los casos del estado de necesidad, constituiría una eximente y el perdón no hallaría aquí empleo alguno; pero si no fuera tal causa justificativa, el robo famélico sería uno de los más típicos y justos casos de perdón, por la peligrosidad nula del hambriento. Yo, que no tengo tantos motivos como el autor para abrir puertas de entrada al perdón judicial, afirmo que el robo necesario es uno de los más perfectos casos del estado de necesidad (1).

(1) Vid. mis trabajos siguientes: *Adiciones* al *Programa del curso de Derecho criminal,* de Carrara, vol. I de la Parte general, Madrid,

Digitized by Google

Pero no fué solo Magnaud el que acudió a las ficciones: el Jurado —que el autor defiende de modo habilísimo, declarando que le prefiere a nuestros magistrados profesionales— hace muy frecuente uso del fingimiento de inculpabilidad, para absolver a los reos pasionales o que remedan serlo. De aquí que Antón halle en estas ficciones el fundamento práctico del perdón judicial, y que para anular o disminuír el escandaloso abuso de ciertos veredictos, proponga conceder al Tribunal popular la facultad de pronunciarse, no sólo sobre los hechos, sino también sobre el perdón (págs. 50-56).

La *parte tercera* de este trabajo va consagrada al DESARROLLO DEL PERDÓN JUDICIAL EN LAS LEGISLACIONES. En un primer apartado se ocupa Antón en *el perdón judicial en el Derecho vigente* (págs. 57-65), donde analiza y comenta: la reprensión en los Códigos portugués e italiano; el perdón condicional en los países norteamericanos; la ley inglesa de 1907, y el Código de Siam. En una segunda sección trata del *perdón en los Proyectos* (págs. 65-85). Aquí hace el autor un extenso y acabado trabajo sobre los Proyectos franceses, que en sus vicisitudes ofrecen gran variedad de matices, prestándose, por ello, a que Antón se adentre en todos los problemas, examinando con motivo de su estudio la exclusión de los reincidentes, su limitación a los delitos leves, su carácter puro o condicional, el acompañamiento de la represión, los jueces que podrán otorgarle y la inscripción en el registro de penados. Luego da cuenta de los preceptos sobre el perdón contenidos en los Proyectos de Códigos penales de Austria, Suiza, Alemania e Italia: el autor desdeña por tímidos los artículos de los primeros, y casi se satisface con la fórmula del Proyecto italiano.

La obra termina con un RESUMEN y unas CONCLUSIONES, que voy a transcribir muy extractadas: 1.ª, la facultad de perdonar se concederá a todos los Tribunales que hoy tienen la de condenar; 2.ª, no debe estar limitada legalmente esta facultad; 3.ª, es pre-

---

Reus, 1922, págs. 144 y sigs.; *El estado de necesidad en materia penal*, Buenos Aires, Talleres Gráficos de la Penitenciaría nacional, 1922, págs. 74 y sigs.; *El hambre como "circunstancia atenuante" y el "Estado de necesidad"*, en mis *Trabajos del Seminario de Derecho penal*, vol. I (curso 1917-1918), Madrid, Reus, 1922, págs. 308 y sigs.

Digitized by Google

ciso, antes de extender el arbitrio judicial, reformar nuestros viciados órganos de la administración de justicia; 4.ª, el perdón condicional, unido al sistema de prueba norteamericano, debe establecerse en lugar de la actual condena condicional; 5.ª, puede transigirse con la reprensión por ser problema secundario; 6.ª, el perdonado será responsable civilmente de su delito o falta y correrán a su cargo las costas, y 7.ª, el perdón deberá ser inscrito en el Registro de penados, pero sólo para que en caso de nuevo delito puedan conocer los jueces la conducta anterior del reo (págs. 89-90).

Cuando empezaba yo a romper el ineditismo, estuvo en mi propósito monografiar, tras la sentencia indeterminada —que fué objeto de mi primer libro— este instituto de piedad que se designa con el expresivo título de perdón judicial. Casi han transcurrido diez años desde que se instaló aquella idea en mi pensamiento, hasta que toma cuerpo editorial en esta esmerada obra de José Antón, que ha sido redactada en mi Seminario. A lo largo de las páginas que forman este estudio bibliográfico, he procurado ser veraz en las informaciones y justiciero en la crítica. Ante el tono apologético con que he compuesto la presente nota, nadie osará pensar que quebranto mi imparcial serenidad por haber visto, en la primera página de esta monografía, mi nombre de humilde Profesor, en sentida dedicatoria del más querido de mis discípulos.

5

ENRIQUE DE BENITO: *Las orientaciones modernas del Derecho penal. Resume ndel curso breve explicado en la Universidad de Valencia en los días 18 al 23 de abril de 1921.* (Separado de los *Anales de la Universidad de Valencia.* Año I, cuaderno 5.°) Valencia, Imprenta Hijo F. Vives Mora, 1922. Un olleto en 4.°, de 43 páginas.

Las seis conferencias pronunciadas en la Universidad de Valencia por el profesor Enrique de Benito —de cuyas obras hablé en la parte primera del estudio presente (1)—, aparecen

(1) Vid. atrás, págs. 17-18.

Digitized by Google

ahora, pulcramente editadas, en un folleto separado de los *Anales de la Universidad de Valencia.*

En el PREÁMBULO de sus conferencias ensalza de Benito la personalidad de ilustres valencianos, que honraron la región como precursores de problemas sociales referentes al delito y al penitenciarismo, recordando los venerables nombres de Luis Vives, Vicente Gilabert, Mateo Pedro Orfila, Senén Vilanova, Coronel Montesinos y Tomás Cerdán de Tallada (págs. 5-6).

La *primera conferencia* lleva este título: LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DERECHO PENAL (págs. 5-11), y en ella analiza el autor, en primer término, el *antiguo concepto* de esta rama jurídica, cuya base y núcleo estaban en la Filosofía, y que perduró hasta 1876, en que la sistematización de la antropología y de la sociología hizo posible el nacimiento de la llamada *escuela positiva,* a la que acusa Enrique de Benito de no haber sabido conservar, junto a lo nuevo, los antiguos principios de sólido basamento. "Es lícito y conveniente —dice— traer a la casa los nuevos gustos y las nuevas modas, pero sería una irreverencia y una ingratitud desterrar, para sepultarle en el desván, el retrato del viejo antepasado fundador del linaje, cuya contemplación evoca un pasado de esplendor en la familia y, si la casa solariega es grande y sólida y suntuosa, bueno será que hagamos dentro de ella todas las reformas que dicten las nuevas exigencias de los tiempos; pero dejemos incólumes, al menos, las paredes maestras que encierran tantas amadas tradiciones. La escuela clásica acertó a fundar los primeros principios, las ideas madres del Derecho penal. Vengan a yuxtaponerse a ellas las nuevas adquisiciones de la ciencia. Pero miremos con respeto esos primeros principios, que son el núcleo central, y como el cimiento, y como la argamasa que da trabazón a todo el edificio" (págs. 6-7).

Habla después el autor de la *Enciclopedia de las ciencias penales,* surgida del movimiento reformador, y da un "ensayo de clasificación", muy estimable, con el fin de "abarcar de una mirada el amplio horizonte de esa enciclopedia" (pág. 7).

Para Enrique de Benito "esta manera de concebir el Derecho penal es exuberante, pero tiene, entre otros inconvenientes, el de construír un Derecho penal demasiado teórico, demasiado alejado de la realidad legislativa"; por eso se ha pensado que era

Digitized by Google

preciso volver al Derecho, volver a la ley, volver al Código; construír todas las teorías que queramos, pero dentro de la legislación vigente. Pero esta *tendencia nacionalizadora* le parece al autor poco defendible en ciertos casos (págs. 8-9).

Esta primera conferencia termina exponiendo el concepto de *Política criminal,* en análogos términos a como yo lo hice en 1918 (1), afirmando el *carácter experimental del método que ha de seguirse en la enseñanza del Derecho punitivo,* y fijando los límites del *problema social* en esta rama jurídica (págs. 9-11).

La *segunda conferencia* se destina a LAS NUEVAS ORIENTACIONES DE LA ANTROPOLOGÍA CRIMINAL (págs. 11-17). En ella comienza el autor destacando el *aspecto antropológico del Derecho Penal* (págs. 11 y sigs.), y tras de apuntar brevemente las orientaciones de *la "tercera escuela"* (pág. 14), asegura que "en la hora presente triunfa la *concepción psicológica* sobre la anatómica" (página 14) y que "interesa aplicar a la observación de los criminales la totalidad de los procedimientos inductivos de que se vale la *psicología experimental*", a fin de reconstruír el carácter psíquico del delincuente (pág. 15).

Las ideas de Enrique de Benito sobre este sugestivo tema cristalizan en estas palabras con que termina la lección segunda: "El grado de responsabilidad del delincuente no puede ser deducido con certeza en ningún caso, sino de un detenido examen médico-psíquicopedagógico. Debería siempre, no sólo cuando se solicite por las partes o cuando lo acuerde el juez, sino siempre, procederse a ese triple examen, como diligencia inexcusable del enjuiciamiento. Porque sólo se practica excepcionalmente es por lo que escapan al tratamiento oportuno no pocos anormales de difícil diagnóstico, no pocos semilocos empozados, y por lo que en los presidios hay muchos hombres que no debieran estar en ellos. Y eso es algo más que una cuestión de interpretación y de curia: es una triste cuestión de equidad, de justicia, y hasta de caridad cristiana" (pág. 17).

En LA PENA Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD EN EL DERECHO PENAL NUEVO se ocupa la *conferencia tercera* (págs. 18-23). Mar-

(1) *La Política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas,* Madrid, Suárez, 1918, págs. 17 y sigs.

Digitized by Google

ca primeramente el autor la *evolución del concepto de la pena*, que hoy no es posible fijar "con criterio exclusivista". "La pena —dice— es un poliedro y cada una de sus caras significa una finalidad distinta. Es intimidativa predominantemente, unas veces; correctora, otras; y puede ser, a veces, incluso un tratamiento pedagógico o clínico" (pág. 18).

De Benito destaca agudamente la actual *decadencia de la pena*, que ha ido sufriendo "diversas recortaduras y embestidas" (página 19). La primera nació de la *protesta contra las cortas penas privativas de libertad*, sustituídas hoy por otras medidas más útiles (págs. 19-20), como la *condena condicional* (pág. 20). La pena adopta en nuestra época una *duración indeterminada* (páginas 20-21) y sufre una nueva "recortadura" en su esfera de acción, ya que en las modernas legislaciones aparecen junto a ella las *medidas de seguridad* (págs. 21-22). De Benito cuida de hacer presentes las transformaciones del régimen penitenciario acarreadas por estos nuevos métodos de lucha contra el crimen, dando breve *idea de los reformatorios norteamericanos* (págs. 22-25). Con perspicacia señala el autor, además, la *importancia de la asistencia social en esta lucha* y el enorme valor del patronato, que en España sólo tiene una "vida ficticia" (pág. 23). Coincidimos Enrique de Benito y yo en reclamar la acción privada para resolver los asuntos penales y en la censura de las farsas con que en España se han reemplazado las abnegadas actitudes de otros pueblos (1).

En su *cuarta conferencia* desarrolla el autor un tema de Legislación comparada: LAS NORMAS FUNDAMENTALES DE LOS NUEVOS CÓDIGOS PENALES (págs. 24-31). De Benito divide los Códigos en "Códigos viejos y Códigos nuevos". "Hay Códigos —dice— que representan el pasado, los hay que encarnan el presente y hay también proyectos que pretenden anunciar el porvenir" (pág. 24).

Los *Códigos viejos* son los compuestos hasta 1881, a imitación del Código francés de 1810 y del napolitano de 1819; cuyo modelo siguieron el Código español de 1822, que es "excelente

(1) Vid. atrás, en la primera parte de este estudio, págs. 44-45.

Digitized by Google

si se tiene en cuenta el espíritu jurídico-penal de la época", y los de 1848 y 1870 (págs. 25-26).

Desde 1881 se componen los *Códigos nuevos*: el holandés, el italiano, el de Neuchatel, el noruego y el japonés. "Esos cinco Códigos penales, con otros menos importantes, forman el grupo de los Códigos penales nuevos. Significan la decadencia del apriorismo y de la medida penal (Código holandés); la diferencia de tratamiento penal de criminales habituales y ocasionales (Código de Neuchatel); las medidas de defensa social (Código noruego); el eclecticismo entre la antigua y la nueva ciencia penal (Código italiano)" (pág. 26).

Los *Códigos penales del porvenir* son los que hoy se hallan en situación de Proyectos y Anteproyectos en Suiza, Alemania, Austria, Servia, Dinamarca, Suecia, Italia, etc. (pág. 26). ¿Me será permitido aquí un levísimo reparo? ¿Por qué cita el autor, con el adjetivo de "reciente", el Anteproyecto suizo de 1916? Es sabido que en Suiza hay un Proyecto *más reciente*, fechado en 1918 (1).

Asimismo debe completarse la información relativa a Alemana, donde, a más del Anteproyecto de 1909 y del Contraproyecto de 1911, que son los que cita el autor, precisan mencionarse el Proyecto de la Comisión de 1913 y el último de 1919 (2).

De Benito pone de manifiesto la importancia que se da al *arbitrio judicial* en los nuevos Códigos y Proyectos (págs. 27-28), y el sistema de *individualizar la pena*, que, iniciado con las *penas paralelas* del Código noruego, se perfecciona en los Códigos del porvenir (págs. 29-30). El autor espera ver realizadas un día las ideas que expuso en un folleto consagrado a este asunto (páginas 30-31) (3).

Toda la *quinta conferencia* va dedicada al NUEVO DERECHO PENAL DE LOS MENORES (págs. 31-36). Tiene razón el autor en afirmar que en este problema es donde más ha progresado el Derecho penal. "Es verdad —añade— que lo exigía así la importancia del fenómeno; porque la criminalidad infantil ha lle-

(1) Vid. atrás, págs. 90-91.
(2) Vid. atrás, pág. 80.
(3) Vid. atrás, pág. 27.

Digitized by Google

gado a constituír, en las estadísticas, la tercera parte de la criminalidad total. La historia del presidio es eternamente una novela, en cuya primera página está escrito el abandono moral de los días de la niñez, la rapacería cometida en la infancia" (página 31). En oposición a *cómo resolvió el problema el antiguo Derecho* (pág. 31-32), el *nuevo,* arrancando de seguros *criterios* (págs. 32-33), organiza un sistema de *tratamiento protector* (páginas 33-34).

Al exponer los *Tribunales para niños* (págs. 34-35), expone el siguiente juicio de la ley española de 1918: "Esa ley tiene deficiencias de mucho bulto: acepta el criterio del discernimiento, comprobado el cual, el menor será recluído en un establecimiento del Estado; no declara obligatorio el examen médico del menor; el tribunal que crea es colegiado, admitiendo tímidamente la posibilidad de que la mujer sea vocal del Tribunal, siendo así que la mujer, como mujer, y, además por su vocación para la maternidad, debería en todo caso formar parte del Tribunal de niños. Pero no se debe negar que la ley de 1918 es un paso, un importante paso, no exento de aciertos, en el camino de la implantación en España de las nuevas orientaciones que constituyen el actual Derecho penal de los menores" (pág. 35).

La *última conferencia* desarrolla un tema, que el mismo autor confiesa que "se sale un poco del marco propio del Derecho penal": LA POLICÍA JUDICIAL CIENTÍFICA (págs. 36-43). Condena De Benito las *formas anticuadas de enjuiciar* (págs. 36-37); asigna su *valor verdadero a la prueba testifical* (pág. 37); expone las bases de la *prueba científica* (págs. 37-38); destaca la *importancia de las huellas;* analiza, a modo de ejemplo, el significado revelador de las pisadas (págs. 38-39); delinea la figura del *detective* (pág. 40); apunta los *antiguos procedimientos de identificación,* las *reseñas antropométricas de Bertillón,* y se extiende en el *sistema dactiloscópico* (págs. 40-42); certeramente señala que el *problema fundamental identificatorio* radica en la clasificación por paquetes de fichas (pág. 42), y termina proponiendo la *identificación universal obligatoria* (págs. 42-43).

Las seis lecciones que acabo de reseñar revisten el útil valor de toda tarea informativa; pero juzgo de más importancia, para

Digitized by Google

la posición personal del autor, la primera conferencia de este curso breve.

6

EMILIO LANGLE: *¿Debe constituír delito el adulterio? Madrid,* Editorial Reus, 1922. Un folleto en 4.°, de 79 páginas.

El autor de esta sugestiva monografía —actualmente Profesor de Derecho penal en la Sección de estudios universitarios de La Laguna (Canarias)— lleva escritos ya varios trabajos de ciencias penales, que mencioné en la primera parte del presente estudio (1).

Avancemos la idea central de este su más reciente trabajo, que se publicó, primero, en artículos de la *Revista general de legislación y jurisprudencia* (2). El título es una pregunta, a la que Langle responde negativamente. El autor examina todos los aspectos del problema, rebatiendo los alegatos de aquellos escritores que sustentan parecer contrario al suyo.

Analiza primero el supuesto de que el adulterio deba reprimirse, por violar la *fidelidad conyugal* (págs. 8-24). Con razón sobrada afirma que esto equivaldría a castigar la infracción de uno de los deberes morales, más que jurídicos; pero, además, "la fidelidad en el matrimonio, tal como la vemos establecida y tutelada por la legislación, no es un hecho resultante del mutuo cariño, ni es el deber común gratamente observado por dos seres..., es, por el contrario, una exigencia del macho celoso y dominante... No hay deber recíproco, sino injusta prepotencia. No es racional que la ley haga exigible su cumplimiento —y menos a perpetuidad—, porque llevado el Derecho penal a ese campo, está condenado a que se le vea fracasado siempre. Aunque llegásemos a admitir que dicha fidelidad fuese un deber jurídico —por corresponder a él, en el otro cónyuge, un dere-

(1) Vid. atrás, pág. 12. Desde que esas páginas fueron escritas, hasta que se imprimen éstas, se han verificado las oposiciones a la cátedra de Derecho penal de La Laguna, que ha obtenido Langle por voto unánime del Tribunal.

(2) Tomo CXL (1922).

Digitized by Google

cho a exigir su observancia—, eso no bastaría para elevar su incumplimiento a la categoría de delito..." (pág. 23).

Langle niega también el *adulterio como delito contra la honestidad* (págs. 24-28), porque *¿a quién* ofende en *su honestidad* el adulterio? "A nadie se ha de procesar y condenar criminalmente por inmoralidades que sólo afectan a sí propio... Luego no puede servir de base al delito la inmoderación lujuriosa de los culpables... ¿Será la honestidad del marido inocente la que sufra el ultraje? Apenas tiene sentido la pregunta". Tampoco cabe afirmar, desde el punto de vista *legal*, que la falta cometida por los adúlteros vaya contra la honestidad pública, puesto que "no es este delito perseguible de oficio, sino a instancia del agraviado" (pág. 25).

Imposible alegar que es un *ultraje al honor* (págs. 28-30), porque "es absurdo e injusto proclamar que sufra ultraje la honra de una persona inocente por la conducta de otra culpable" (pág. 28).

Tampoco puede apoyarse su punibilidad en que *ataca el orden de la familia* (págs. 30-33). "Observemos, en primer lugar, que cuando en un matrimonio se da el adulterio, ya no existe el orden, la armonía y el amor familiar, sino de una manera nominal, aparente, ficticia, etc... En segundo término, si el adulterio perturba el orden de la familia, debe sostenerse que infiere a la sociedad un daño de carácter público y que constituye un delito público; en contra de ello, las legislaciones lo declaran delito privado" (pág. 31).

¿Podrá fundarse la característica delictiva del adulterio en *la violación del Derecho de propiedad?* (págs. 34-44). "Desde dos puntos de vista podemos estudiarle en tal concepto: 1.°, la propiedad de la familia legítima usurpada por el hijo adulterino, y 2.°, el patrimonio del marido, del cual forma parte, como una cosa más la mujer (pág. 34). Lo primero nos conduce al absurdo de que "habrá delito en el caso de resultar embarazo y no lo habrá cuando éste falte; con lo cual el eje de la cuestión se traslada del hecho de la infidelidad al hecho del parto" (pág. 35). Lo segundo no puede invocarse hoy, y, sin embargo, no hay más remedio que reconocer que "está en pie el concepto de la mujer-*res*" (página 43).

Digitized by Google

Siguen a este análisis unas *consideraciones de Política criminal* (págs. 44-57), en las que el autor observa que siendo frecuente el adulterio en la realidad, casi nunca se persigue ni se castiga, "porque el espíritu general del pueblo tiende a atribuir carácter exclusivamente privado y secreto a esta cuestión" (pág. 47). Langle demuestra después, cumplidamente, que son nulos ante el adulterio los efectos de la amenaza y de la ejecución de la pena (págs. 48 y sigs.).

El folleto termina con unas páginas destinadas a los *sustitutivos penales,* "esbozo de posibilidades referentes a la evitación de la infidelidad conyugal" (págs. 63-79).

El autor da puesto relevante al *divorcio* (págs. 63-76), que estudia con detenimiento, al que añade la *libertad matrimonial* —es decir, que las uniones están basadas en el amor (pág. 76)— y la *igualdad conyugal* (págs. 76-77).

La monografía de Langle se orienta en direcciones certeras. El pensamiento de negar la naturaleza delictiva del adulterio está hoy muy compartido (Pessina, Luchini, Gautier, etc., siguen esta tendencia).

A mí, que he expuesto esta opinión un año antes que el autor, ha de parecerme correcta la tesis sustentada en este trabajo, que merece el más sincero encomio. El estilo elegante, la argumentación sólida —aunque a veces demasiado diluída—, la documentación honrada y de primera mano y la valiente defensa de sus convicciones, son las principales excelencias de la monografía reseñada (1).

7

JUAN P. RAMOS y sus discípulos LUIS MAGNANINI, HORACIO A. MORIXE, ARMANDO LEVENE, LUIS J. JACOBÉ y JAIME JACOBACCI: *Concordancias del proyecto de Código penal de 1917.* Trabajos del curso de Seminario de Derecho penal de los años 1919 y 1920. Volumen I. Estudios editados por la Facultad de Derecho

(1) Vid. mi *Estudio de los delitos en particular. Notas sobre la Parte especial del Derecho penal, para uso de los estudiantes,* vol. I, Madrid, Suárez, 1921, págs. 223-224.

Digitized by Google

y Ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1921. Un volumen, en 4.°, de LV y 428 páginas.

El volumen que voy a reseñar —primero de la gran obra comenzada— es, como indica el subtítulo, un trabajo emprendido por Juan P. Ramos —a quien he presentado páginas más atrás, en la parte primera de este trabajo (1)— y los cinco discípulos cuyos nombres figuran en la portada del libro (2), en el Seminario de Derecho penal de la Universidad de Buenos Aires, durante los años 1919 y 1920. En la extensa "Introducción" magistral del profesor Ramos se noticia el génesis de tan laudable obra.

"En junio de 1919 —escribe Ramos— el Centro de estudiantes de Buenos Aires, por iniciativa de su presidente, doctor Enrique Torino, me pidió que dirigiera un curso de seminario de Derecho penal, con el objeto de realizar en común un trabajo de investigación personal que permitiera a un grupo de alumnos de segundo año llevar a cabo una obra activa de estudio, diferente de la habitual y meramente pasiva del aula" (pág. v). "Les sugerí varias iniciativas, unas que tenían en cuenta el amor propio o el estímulo personal, y otras destinadas a darles un aporte científico que no se refiriera, para nada, al lucimiento del alumno, sino a la labor colectiva del grupo. Las primeras fueron, por ejemplo, investigaciones experimentales sobre la mendicidad, la vagancia, la corrupción de los menores de Buenos Aires, temas en que un alumno podría tener la pretensión legítima de realizar un trabajo merecedor de un aplauso que sólo le concerniera a él. Y a pesar de que ello significaba el medio de que cada uno aspirara a superar a los demás, en detrimento de la acción colectiva del grupo, los jóvenes de mi curso de seminario tuvieron la juiciosa prudencia de no aceptarlo. Prefi-

(1) Vid. atrás, págs. 53-54.

(2) Además, según dice la *Advertencia* de este volumen (pág. LV), "han colaborado, muy eficazmente, los siguientes alumnos, que tendrán, en parte, a su cargo la preparación del tomo II de este libro: Ricardo C. Cranwell, Hugo Cárdenas, Carlos A. Adrogué. Carlos Zabala, Alfredo J. Molinario, Carlos L. Pereyra Iraola y Raúl Stornelli".

Digitized by Google

rieron, lo que es raro entre nosotros, ponerse en una tarea mucho más útil, aunque totalmente desprovista de todo halago individual. Quedó así escogida, entre varias, la idea de preparar un cotejo de cada una de las disposiciones del proyecto de Código penal de 1917 con el resto de la legislación positiva del mundo, considerada en sus textos más importantes o más significativos" (págs. VII y VIII).

Lo primero que hicieron Ramos y sus alumnos fué redactar la ficha que había de servir para el trabajo de recopilación. Entonces tuvo el Profesor argentino la fina amabilidad de enviármela, demandando mi parecer. El aprecio que de él hace y las palabras de inmerecida alabanza que me tributa (pág. VIII) me hacen su deudor en gratitud.

También en esta "Introducción" se señala la finalidad de este trabajo: "El se propone un claro objetivo: presentar a los legisladores que han de sancionar el futuro Código penal argentino, a los jueces, a todos los que estudian cuestiones penales, cada una de las disposiciones de la ley positiva extranjera que pueden concordar, ampliar o restringir el concepto del texto que nuestro país adopte" (pág. IX).

Comparar todos los Códigos existentes hubiera sido una inútil tarea. He aquí los que se han utilizado para las concordancias, por ser "los más importantes o significativos": Código penal argentino, Proyectos argentinos de 1891 y 1906; Anteproyecto suizo de 1916, Anteproyecto alemán de 1909, Anteproyecto austriaco de 1909, Anteproyecto sueco de 1916, Códigos penales de Noruega, Italia, Holanda, Francia, Alemania, Rusia, Hungría, España, Japón y Proyecto peruano de 1916. El Proyecto de Código penal italiano de 1921 ha visto la luz después de que fueron compuestas estas *Concordancias*, pero llegó a la Argentina antes de que concluyera de imprimirse el primer tomo. Ramos lo estima como "la más audaz innovación que se haya planteado hasta ahora en el mundo en materia de Codificación penal" (pág. LIV), y, ya que no ha podido ser utilizado para las concordancias, se imprime, al final del libro, en su propio idioma, por ser "la última palabra de la ciencia", para que pueda "ser comparado con el texto argentino de 1917", y "para demostrar cómo podría ser mejorado éste a la luz de las inno-

Digitized by Google

vaciones transcendentales de la originalísima obra italiana" (página 387, nota 1).

Las primeras *Concordancias* fueron publicadas en la *Revista jurídica y de Ciencias sociales,* de Buenos Aires (1); luego, continuadas hasta casi el término de la Parte general, constituyen el libro que reseño. El primer volumen del admirable trabajo comprende las concordancias de los diez títulos primeros del Proyecto argentino: *aplicación de la Ley penal, de las penas, condenación condicional, reparación de perjuicios, imputabilidad, tentativa, participación criminal, reincidencia, concurso de delitos y extinción de acciones y de penas.* Se han comparado los 70 primeros artículos del Proyecto de 1917; es decir, casi toda la Parte general, pues tan sólo faltan, para completarla, ocho artículos, que se reparten en los títulos 11 y 12, cuyas rúbricas dicen respectivamente: *del ejercicio de las acciones,* y *significación de los conceptos empleados en el Código.*

He de volver, otra vez, a la Introducción de Ramos, pues importa en alto grado fijar la opinión del Profesor —que inspiró a sus alumnos este estudio de Concordancias— frente al Proyecto concordado. Cuando por iniciativa de Rodolfo Moreno recomienza en la Argentina la actividad para la reforma de las leyes penales, se pidió a los Profesores de Derecho penal, jueces, fiscales y defensores de toda la República, que expusieran su parecer sobre el Proyecto de 1906 (2). Juan Ramos es autor de la respuesta más documentada y de proyecciones más amplias (3). Como afirmación última escribía Ramos entonces: "El Proyecto de Código penal de 1906 no responde, por su sistema, al estado de la ciencia criminal contemporánea. En consecuencia, no debe ser sancionado por el Congreso".

Es sabido que el Proyecto de 1917 no es más que una reforma del de 1906; por eso Ramos, que fué adversario de éste, se plantea esta pregunta, que responde con una tímida y parcial afirmación: "¿Se acerca más a esos moldes y a esos nuevos principios penales el Proyecto de 1917, comparado con el texto

(1) Año XXXVII (1920), págs. 76-99.

(2) Véase atrás, pág. 59.

(3) Antes ha sido citada: *La Codificación penal argentina,* en la primera parte de este estudio, pág. 61.

Digitized by Google

de 1906, que sirvió de base al proyecto formulado por el diputado Moreno en 1916? Opino que *en algo*, sí, por más que opine también que después de la redacción del Proyecto suizo de 1916 ninguna nación civilizada tiene el derecho de darse un Código penal que sea tan inferior a ese modelo, como resulta el Proyecto argentino, considerado en su técnica, en su estructura y en su sistema científico. Por eso afirmo que el texto de 1917 ha podido y ha debido ser mejor de lo que es..." (pág. XIII).

La hermosa "Introducción" de Ramos termina con estas levantadas frases: "Quiero para mi patria un Código mejor que el malo actual, pero, como sé que el proyecto de 1917 puede ser fácilmente superado, hasta por sus autores mismos, si hoy se les llamara de nuevo a hacerlo, opino que no debe sancionarse antes de ser depurado de los graves defectos técnicos y doctrinarios que contiene. Esta es la única razón de mi disidencia. No lo comparo con lo malo vigente sino con lo bueno que puede contener... La verdadera *reforma penal argentina*... no consiste en redactar un Código mejor, que un Código anterior malo" (pág. LIV).

Me honra, de manera muy alta, ver corroborado, en la posición de Ramos frente al Proyecto, el juicio que reiteradamente he expuesto yo (1).

El Proyecto argentino es ya Código (2). Ramos y sus discípulos se dirigían, con su gran tarea, a los senadores argentinos; pero éstos, para llenar cumplidamente su misión, deberían haber removido la obra desde sus cimientos. No se ha hecho así y se ha dado a la Argentina un Código inferior a lo que merece un país joven, que debe estar abierto a las nuevas direcciones científicas y legislativas.

En el estudio preliminar escribió Ramos unas palabras, que ahora, ante el primer volumen de las *Concordancias* por él dirigidas, nos levanta una duda y nos fuerza a un consejo. "Este trabajo de coordinación —dice el Profesor de Buenos Aires— que han efectuado mis alumnos del seminario aspira a dar los fundamentos de mi opinión, antes de que el Senado convierta en

(1) Vid. en la primera parte del presente trabajo, págs. 62-63.
(2) Vid. atrás, págs. 59-61.

Digitized by Google

ley la sanción a libro cerrado de la Cámara de Diputados de la Nación" (pág. 13). El Código ha sido promulgado y ya está en vigor; ¿interrumpirán su obra de *Concordancias* Ramos y sus inteligentes discípulos? Yo me atrevería a rogarles que la continuaran con igual entusiasmo. Un objetivo de la tarea emprendida con tan nobles fines se frustra al ser aprobado el Proyecto; pero una nueva finalidad se les presenta: Con su gran faena de legislación comparada darán a los jueces encargados de aplicar la nueva ley penal, a los abogados que la interpretan y a los estudiosos que la investigan, normas seguras para hallar el verdadero oriente de sus proyectos y la manera de ensancharlos, moldeándolos a las necesidades de la práctica.

8

José Peco: *La reforma penal argentina de 1917-1920, ante la ciencia penal contemporánea y los antecedentes nacionales y extranjeros.* Prólogo de Juan P. Ramos. Buenos Aires, Abeledo, editor, 1921. Un volumen, en 4.°, de 536 páginas.

Esta obra es una tesis doctoral que honra a la Universidad de Buenos Aires, cuya Facultad de Derecho la ha laureado con el premio "Florencio Varela", que se otorga a las mejores tesis sobre Derecho penal.

Al frente de ella el profesor Juan P. Ramos ha escrito un Prólogo de maestro. En él repite su constante y atinadísimo criterio —que ha sido, por desgracia, desatendido— pidiendo que no se sancione el "proyecto de 1917, en la forma en que ha sido redactado por las comisiones del Senado y de la Cámara de Diputados" (pág. XXXI). "¿Por qué sancionar —pregunta una vez más— un texto cuya parte general no responde en absoluto a lo que hay de elemental en el mundo en materia de ciencia criminal, desde la sanción del Código de Noruega hasta el recientísimo Proyecto italiano?" (pág. XXXII).

El doctor Peco se ha hecho secuaz del mismo criterio. Este libro —que excede en densidad y volumen de las proporciones de una tesis— demuestra documentalmente el atraso del Pro-

Digitized by Google

yecto argentino de 1917. Punto por punto lo analiza el Autor, ilustrando sus propias convicciones en las teorías de los penalistas más selectos y con las citas del articulado de los modernos Códigos y Proyectos europeos.

El capítulo primero de la obra se consagra a investigar la *Política criminal del Proyecto de 1917*, estudiando comparativamente *la legislación en vigencia y los antecedentes extranjeros*. Este capítulo (págs. 83 y sigs.) es el que contiene las ideas rectoras de todo el libro. En él fija el Autor sus posiciones científicas y su filiación moderna: desde las primeras líneas se alista en las "nuevas orientaciones", que Ferri mantiene en Italia, y que von Liszt, van Hamel y Prins supieron imprimir a la Unión Internacional de Derecho penal (págs. 83-84). Más tarde, cuando expone, en el transcurso del capítulo décimo, los conceptos de imputabilidad, se declara partidario de que "el fundamento y la medida de la responsabilidad" sean dados, tan sólo, por la fórmula del estado peligroso (págs. 294-295).

En dos párrafos breves, que terminan el aludido capítulo primero, plasma el doctor Peco sus orientaciones penales: "En suma —escribe—, hay que llegar a la prevención especial: Al Código francés de 1810, al español de 1870, al holandés de 1881, al italiano de 1889, debe reemplazar el Código noruego de 1902, el Proyecto austriaco de 1909, el Proyecto alemán de 1909, el Proyecto suizo de 1918.—Al reinado de Carrara, Rossi, Ortolán, Pacheco, venerables reliquias, debe suceder el reinado de Ferri, Prins, Liszt, Stooss, Saleilles, van Hamel, Getz, discretos innovadores" (pág. 127).

En sucesivos capítulos estudia el doctor Peco, artículo por artículo, la Parte general del Proyecto argentino, con abundante documentación teorética y legislativa. Cuando la deficiencia del precepto proyectado en Argentina lo hace preciso, y cuando lo exige así la importancia del tema, el Autor redacta el texto del artículo en la forma en que debería legislársele, según su criterio. La mayor parte de estas fórmulas que da el doctor Peco son muy estimables, si bien algunas, como la referente al estado de necesidad (pág. 343), pecan de excesivo detalle.

En el capítulo final transcribe el Autor el articulado de la Parte general del Proyecto argentino de 1917, con las *modifi-*

Digitized by Google

caciones que deben introducirse en su arquitectura jurídica (páginas 511-535), terminándose el libro con estas tajantes conclusiones, duras y claras como la justicia que entrañan: "1.° El Proyecto de 1917 no debe sancionarse porque hace tabla rasa de los adelantos producidos en el Derecho penal durante el siglo XX. 2.° El futuro Código penal debería seguir las huellas trazadas por el Proyecto suizo, el cual rinde pleito homenaje a la individualización de la pena" (pág. 536).

Este estudio, tan serio y acabado, constituye el primer trabajo de conjunto sobre el Proyecto de 1917, y demuestra lo que pudieron y debieron hacer los senadores argentinos. Por desgracia, esta obra de Peco no pudo publicarse antes de que el Senado sancionara el Proyecto; guardemos la romántica esperanza de que, si hubiera sido entonces conocida, se habrían aceptado algunas de las más atinadas correcciones que el Autor proponía.

9

OCTAVIO GONZÁLEZ ROURA: *Derecho penal.* Buenos Aires, Abeledo, editor, 1922. Cuatro volúmenes en 4.°, de 296 páginas el primero, 276 el segundo, 405 el tercero y 208 el cuarto.

Las obras reseñadas en las dos recensiones anteriores se ocupaban en el Proyecto argentino de 1917; el Tratado presente está construído ya sobre el Código penal de Argentina, que ha comenzado a regir el 29 de abril de 1922. Es, pues, la primera obra que se escribe sobre el modernísimo Cuerpo legal. Claro es que el libro comenzóse a componer antes de que el Código fuera promulgado (según se dice al final de la fe de erratas del tomo primero); pero aún, a pesar de ello, no se ha descuidado el señor González Roura en lanzar su obra, que resulta así de plena actualidad.

El Autor ha querido escribir un libro práctico. No se pierda de vista que, además de Catedrático de Derecho penal en la Universidad de La Plata, el señor González Roura es vocal de la Cámara de apelaciones en la criminal y correccional de la capital federal, y fué magistrado de la provincia de Buenos Aires. Su tra-

Digitized by Google

bajo ha de rendir utilidad indiscutible a los encargados de aplicar el nuevo Código, sobre todo en estos primeros momentos de adaptación y aprendizaje.

El Autor —al contrario de Ramos y Peco— es un entusiasta del Código argentino que acaba de promulgarse. Tras de hacerse cargo de los ataques a él dirigidos, exclama: "Pero es que el Código no es tan ¡malo como lo pintan; al contrario, puede figurar honrosamente entre los mejores, aun con todos sus defectos" (pág. 144). Esta posición de González Roura es perfectamente lógica y consecuente con las ideas sustentadas por él años atrás: en el "Congreso penitenciario nacional" de Buenos Aires, celebrado en mayo de 1914, sostuvo que el Proyecto de 1906 —del cual es tan sólo modificación el de 1917, que se ha convertido en Código ahora— debía aprobarse con ligeras variantes. El Congreso adoptó esta tesis votando que debía aconsejarse y gestionarse la sanción de dicho Proyecto.

Su defensa de la nueva ley argentina le lleva a decir que hay en ella normas "para apreciar la peligrosidad" y el "grado" de la misma en el sujeto (pág. 155); pero luego, con más sereno juicio, viene a parar a lo que yo he afirmado (1). La peligrosidad social del sujeto... —escribe páginas después—, idea central que anima y preside la mente del legislador en el informe, no alcanza a polarizarse en la ley, en fundamento de la responsabilidad penal, al contrario de lo que ocurre en el proyecto italiano" (pág. 247).

González Roura nos da la filiación del Código argentino: "el sistema del Código es el de la escuela intermedia" (pág. 248). Advirtamos que el Autor comprende con este nombre tan equívoco el llamado Positivismo crítico y la dirección que se sigue en Alemania con el título de "moderna escuela". Con perspicacia caracteriza el Autor esa tendencia, de la que parece hacerse solidario: "La escuela intermedia —dice—, que no es otra cosa que un lugar de concentración de fuerzas conservadoras, hácese de día en día más neopositiva que neoclásica, al darse a la tarea de ir enmendando los errores puestos de manifiesto por la escuela positiva" (pág. 55).

---

(1) Vid. atrás, págs. 62-63.

Digitized by Google

González Roura —aunque no es positivista— reconoce los grandes aportes de la escuela lombrosiana, y confiesa que "ha influído poderosamente en la obra de la transformación que el Derecho viene lentamente experimentando en los últimos tiempos. Y sean individuales o sociales los factores preponderantes de la delincuencia, puesto que ya no se desconoce su influencia concurrente, es lo cierto que la nueva escuela ha retirado de la abstracción el problema criminal, y lo ha colocado en el terreno de las realidades, permitiendo de tal modo penetrar en la naturaleza íntima del delito hasta conocer sus verdaderas fuentes, lo que ha facilitado a su vez el estudio de los medios más aptos para combatirlo" (pág. 42). Quiero destacar además el alto aprecio que hace del Proyecto italiano de 1921, al que dedica las primeras páginas de su libro, consagrándole el capítulo preliminar (págs. 11-22), y cuyas citas atraviesan las páginas del Tratado, en frecuentísimos lugares.

La obra trata en los dos primeros tomos de la parte general, dividiéndola en secciones y capítulos, cuyas rúbricas voy a transcribir:

Capítulo preliminar: El Proyecto italiano y la transformación del Derecho penal.=*Sección primera*: *Nociones preliminares*: Capítulo I: De la evolución histórica del Derecho penal.—Cap. II: Fundamento del Derecho de represión.= *Sección segunda*: *del delito*. Cap. III: Consideraciones generales.—Cap. IV: De la clasificación de los delitos.—Cap. V: De la ley penal.—Cap. VI: De la formación del Derecho penal argentino.—Cap. VII: Del imperio de la ley penal con relación al tiempo, al territorio, las personas y las leyes especiales.—Cap. VIII: De las relaciones del Derecho penal con la Constitución.—Cap. IX: La prensa y el Código penal.—Cap. X: El Derecho penal en sus relaciones con las leyes civil y comercial, la jurisdicción y los procedimientos.—Cap. XI: De la responsabilidad penal.—Cap. XII: Del dolo y del móvil.—Cap. XIII: De la culpa.—Cap. XIV: De las causas excluyentes de responsabilidad y eximentes de pena.—Cap. XV: De los menores.—Cap. XVI: De las circunstancias atenuantes y agravantes.— Cap. XVII: De la reincidencia y de la reiteración.—Cap. XVIII: Formación y desarrollo del delito.=*Sección tercera*: *del delincuente*: Cap. XIX: De

Digitized by Google

la participación en general.—Cap. XX: De la participación en particular.=*Sección cuarta*: *de la pena*: Cap. XXI: Consideraciones generales.—Cap. XXII: De la aplicación de la pena.—Cap. XXIII: Del cumplimiento de la pena.—Cap. XXIV: De las causas que extinguen la acción y la pena.

En el tomo III desenvuelve la Parte especial, siguiendo el mismo sistema que el adoptado por el Código. El volumen IV, que titula "complemento", contiene ampliaciones a los tomos anteriores y los proyectos de leyes complementarias y de enmiendas al mismo.

A ese plan me atrevería a poner algún reparo leve. El capítulo preliminar, consagrado al Proyecto italiano, tendría sitio más propio en otro de los capítulos del libro y no al comienzo de la obra. El capítulo VI, que en realidad es un estudio histórico sobre el Derecho penal argentino, aparece, en ese sitio, como una cuña heterogénea, que se ha introducido a golpe de martillo en la materia de la ley penal. Puesto que el capítulo I va destinado a la evolución histórica, ¿no hubiera sido más sistemático tratar en el capítulo II el asunto en que se ocupa ese capítulo VI?

El señor González Roura ha de permitirme además que, con amistosa reverencia, señale en su obra algunos descuidos, hijos, sin disputa, de la premura con que el Autor ha tenido que componerla y revisarla para que rompiera el ineditismo con tanta oportunidad, a los pocos meses de promulgado el Código. Se hallan pequeños errores de fecha, como el de decir que el Decreto de Mortara, creador de la Comisión italiana para la reforma de las leyes penales, es de 1920 (pág. 11 del tomo I), cuando es bien sabido que se dictó el 14 de septiembre de 1919. Además es frecuente hallar erratas en los nombres de los tratadistas (Aramburo, Carreiro, Zaleilles, Aldffeld, Stoos, Loffler, Krausse, Röeder, Jiménez de Azúa, etc.), (1), que otras veces —la mayor parte— escribe correctamente.

Yo me atrevería asimismo a pedir al señor González Roura una selección más cuidadosa de autores, pues al lado de grandes autoridades cita nombres poco respetables. Y osaría también ha-

(1) Págs. 70, 116, 240, 173, 279, del tomo I, y pág. 248 del tomo II.

Digitized by Google

cerle el ruego de que, al mencionar una serie de tratadistas que profesan la misma doctrina, los cite por orden de prioridad o de renombre; resulta ilógico decir: Aramburu, Rovira y Binding (pág. 116 del tomo I) o Groizard, Carrara y Blanche (pág. 268 del primer volumen) (1). Hay un pasaje en la obra en el que esta falta de orden en la cita de escritores afecta al fondo: ¿No es absurdo mencionar, a propósito del delito imposible, como "colocados en el punto de *vista defensista contemporáneo*" a *Pacheco* y *Caravantes*, junto a Prins y Garofalo, y del lado de de los "eclécticos y clásicos" a Garraud, *Liszt*, Carrara, etc.? (pág. 140).

En lo referente a cuestiones que exceden de lo meramente formal o simplemente artístico, también he de hacer algunas llamadas, transidas de amistad por el Autor. Habla González Roura de la transformación que se avecina en los campos del Derecho penal, y hace un atinado hincapié en que el porvenir de la fórmula del estado peligroso "abriría un nuevo rumbo por donde entrarían aquellos *estados* y aquellos *sujetos peligrosos* no delincuentes, como el alcoholismo, la vagancia, las anormalidades... Por donde el delito dejaría de consistir únicamente en una acción y omisión, para, a la manera de la usura, el *adulterio del marido*, etc., hasta hay aceptados como casos de excepción, ser también constituídos como regla por dichos estados" (páginas 20-21 del tomo I). ¿Cómo? ¿El *marido* adúltero un ser peligroso? Pero... ¿para quién? ¿Porque ciertamente no lo será para la sociedad?

Deseo señalar también la errónea concepción que se ha formado de la Política criminal, dándola un sentido *preventivo antes del delito*, confundiendo así la verdadera Política criminal con la llamada Política social (págs. 68-69-70 del tomo I); sin embargo, páginas después la define en su recto sentido (págs 72-73 del primer volumen). También ha llamado mi atención que incluya, entre las *ciencias auxiliares* del Derecho penal, la *Penología*, que o forma parte de él o, por lo menos de la *enciclo-*

(1) Esta mezcla de nombres se halla frecuentemente en el libro: cfr., además, pág. 275 del tomo I; págs. 112, 142, 157, 161, del tomo II, y págs. 58, 70, 233 del tomo III, entre otras.

Digitized by Google

pedia de las ciencias penales, si se da a esa rama jurídica el estrecho concepto que supone formar su contenido no más que con lo legislado.

De mayor gravedad me parece esta otra afirmación que hallo en otro lugar de la obra: "Considerado así el delito —dice—, como producto o *fenómeno social,* algunos escritores lo han estudiado bajo un aspecto que Garofalo llama *natural,* puesto que correspondería a todos aquellos actos que, en todo tiempo y en todo lugar, y con arreglo a conceptos universalmente consagrados, revisten carácter delictuoso, independientemente de los sistemas jurídicos" (pág. 76 del tomo I). ¡No! Eso nunca pudo decirlo un positivista. Precisamente Garofalo afirma que no pudo hallar actos que fueran delitos en todos los tiempos y lugares y pone el ejemplo del parricidio, practicado en algunas tribus antiguas y en otras que aún existen. Por eso dice que tuvo que abandonar el análisis de los *hechos* y emprender el de los *sentimientos.* ¡Pero *sí* en la página siguiente el mismo González Roura transcribe estas ideas y dichos de Garofalo!

He aquí algunos otros descuidos fácilmente enmendables: confunde el delito *continuado* con el *continuo* o *permanente* (páginas 100-101 del tomo I); sigue hablando de *imbecilidad* y *locura* (págs. 17-23 y sigs. del tomo II), clasificación que ha sepultado definitivamente la Psiquiatría moderna, y equipara la primera a la "idiotez o cretinismo", cuando la imbecilidad y la idiocia son formas de oligofrenia y el cretinismo es una psicosis tiroidea; cita como Congreso penitenciario el de Copenhague de 1913 (pág. 248 del tomo II), que fué la última Asamblea de conjunto celebrada por la Unión Internacional del Derecho penal; etc., etc.

El señor González Roura purgará sin duda su obra de estos ligeros errores, tan fácilmente subsanables, el día en que componga una segunda edición de su libro, y si, para entonces, hace las citas con escrupuloso detalle, indicando al pie de página el título y el lugar del estudio en que se halla la doctrina o la frase mencionada en el texto, o se cuida de incluír una lista de obras consultadas al fin o al comienzo de su trabajo, habrá dotado a su patria de un Tratado práctico muy estimable.

Digitized by Google

10

JORGE EDUARDO COLL: *La acción pública y el Derecho penal.* Segunda edición. Buenos Aires, Librería e Imprenta de M. A. Rosas, Casa editora, 1920. Un volumen en 4.°, XXXVII, 511 y XVIII páginas.

Este libro de Jorge E. Coll —de quien he hablado en la primera parte del presente estudio (1)—, es una colección de 63 dictámenes y cuatro documentos de distinta índole (dos notas, una querella, etc.), precedidos de una interesantísima introducción y terminados por un apéndice, comprensivo de cuatro trabajos.

Coll no quiere que se empiece su libro con el prejuicio de que van a hallarse por sus páginas las notas duras de un acusador perpetuo, de un Fiscal de estilo español diría yo, para el que la petición de la pena de muerte se considera como un deber. "No he sido un acusador sempiterno —dice el Autor tratando de presentarnos su fisonomía moral—. Sometí los hechos al juicio del corazón y de la mente, para llegar a conclusiones humanas y justas en armonía con mis convicciones científicas e interpretando con criterio amplio, pero sin olvidar sus fundamentos doctrinales, nuestro viejo Código Penal. Por eso he levantado la voz en contra de las leyes anticuadas y mal hechas, a fin de hacerla llegar hasta los oídos de legislador, declarando públicamente que la condena del prevenido, en algún caso, constituía un atentado a la conciencia y al orden social más grave todavía que el delito por él cometido" (pág. 8).

Este Fiscal, que tan rectamente concibe sus funciones —quizá porque a más de desempeñar el Ministerio público, es Profesor universitario—, posee una avanzada orientación: sin vacilaciones se declara determinista y escribe que "el mayor mérito de la Escuela Positiva está en haber eliminado la cuestión de la responsabilidad, asentando sus bases en la defensa social y en la individualización de la pena" (pág. XIV).

El Autor propone luego una nueva clasificación de los delincuentes —que después utiliza—, con propósito "esencialmente

(1) Véase atrás.

Digitized by Google

jurídico", "teniendo como base el estudio psicológico o psiquiátrico del sujeto en su relación con el ambiente social" (págs. XIX y XXXI). Héla aquí:

Normales.	Débiles morales. Pervertidos. Emocionales y pasionales.
Anormales.	Psico-neuropáticos. Instintivos. Alienados. Frenasténicos.
Accidentales.	Por imprudencia. Intoxicados (es decir, embriagados). Perturbados psíquicos (hipnotizados).

Los menores delincuentes quedan aparte, no sólo porque es difícil incluírles en una clasificación, sino también porque "los estudios sobre la delincuencia de menores y la infancia abandonada... forman una ciencia especial, que tiene apenas concomitancia con el Derecho penal y los regímenes penitenciarios" (página XXXI).

En otras páginas de la Introducción sale al paso de un reparo que pudieran ponerle los sacerdotes del viejo Derecho, estableciendo, muy certeramente, la necesidad de interpretar las leyes con criterio moderno. "Las leyes —dice— no presentan obstáculos insalvables para su interpretación conforme a los conocimientos científicos actuales... Por ejemplo, en ninguna parte expresan la noción de responsabilidad; fueron la doctrina y la jurisprudencia quienes la correlacionaron a la ley. Cuando habla de la voluntad criminal, lo mismo se puede interpretar ésta haciéndola derivar del libre albedrío como del determinismo" (pág. XXXII). "No existiendo, entonces, un imperativo en el articulado, es absurdo aplicar la ley de acuerdo con las ideas del tiempo en que fué proyectada y no hacerlo en concordancia con los conocimientos que hoy poseemos (pág. XXXIII).

A esta sugestiva y bien orientada *Introducción* siguen los dictámenes dados por Coll, en los numerosos casos en que actuó como Fiscal. El Autor los divide en dos partes. La primera la titula ***Los delincuentes,*** y expone sus documentos por el orden de la clasificación dada por él, que antes he transcrito (págs. 5-231);

Digitized by Google

la segunda lleva esta rúbrica: *Interpretaciones jurídicas. Cómo se deben entender las leyes* (págs. 237-409).

De estos 63 dictámenes quiero destacar algunos. Hay dos que son un *verdadero perdón fiscal*. Coll pedía —y obtuvo— el sobreseimiento de una madre que mató al que suponía fundadamente ser el violador de su hija de ocho años (págs. 81-87), y el de un hombre que desarmó al matador de su hermano y con el mismo cuchillo le dió muerte (págs. 88-90). Estos casos tuvieron que ir amparados en una habilidosa interpretación de la ley, como hizo Magnaud al absolver a Luisa Ménard, y son buena prueba de la necesidad del perdón y de que éste no debe limitarse a los hechos delictivos insignificantes (1).

También es atrayente y atinado el dictamen pidiendo que sea sobreseída la causa de una embarazada cleptómana, "que, deshecha en lágrimas y avergonzada, dice no explicarse los motivos que la impulsaron al delito" (págs. 120-123).

El caso mejor estudiado es, sin disputa, el que abre la serie de dictámenes sobre menores —cuestión que ha sido objeto de especiales atenciones por parte del Autor (2)—, titulado *El "petiso orejudo"* (págs. 163-204). Trátase de un muchacho de diez y seis años, autor de cuatro homicidios, de siete tentativas de homicidio que, por especiales circunstancias, se frustraron, no sin haber causado a sus víctimas lesiones de importancia, y de siete incendios intencionales, algunos de verdadera gravedad por los daños causados y el peligro social. Las víctimas fueron siempre niños, y el asesino empezó precozmente sus crímenes: el primer delito lo cometió cuando tenía ocho años. Los peritos médicos declararon que se trataba de un imbécil incurable, con antecedentes hereditarios, pues se probó que en la época en que fué engendrado su padre abusaba de las bebidas alcohólicas. Coll, a pesar de que no se han comprobado huellas eróticas sobre los cadáveres —tal vez por falta de un examen policial científico—, tiene el certero atisbo de que no debe hallarse ausente el elemen-

(1) Véase lo dicho al hablar de la *Penología* de Cuello, recensión núm. 2.

(2) Es notable el trabajo sobre menores delincuentes que presentó al Congreso Penitenciario Nacional celebrado en Buenos Aires el año 1914.

Digitized by Google

to sádico, recordando, entre otros, los casos de los destripadores Vacher y Jack. Cualquiera que sea la discrepancia que me aparte del Autor en la conclusión afirmativa de responsabilidad, he de proclamar que el estudio de este difícil episodio criminal ha sido llevado y desenvuelto magistralmente.

El Apéndice con que la obra termina contiene un estudio sobre el *delito de lenocinio,* en el que se comenta y critica la ley Palacios, núm. 9143 (págs. 413-438); un artículo (publicado antes en *La Nación*) que trata de *Las reformas al Código penal* (págs. 39-455); unas *Consideraciones filosóficas sobre la evolución del Derecho penal* (págs. 445-450); y una Conferencia, celebrada en el Colegio de Abogados de Buenos Aires el 11 de noviembre de 1919, sobre *Los menores abandonados y la ley Agote* (págs. 453-494), que se publica con unas acusadoras fotografías, demostrativas del lamentable descuido en que se tiene en Argentina este delicado problema de la delincuencia juvenil. Finalmente se inserta la ley sobre patronato de menores de 21 de octubre de 1919 y su reglamentación (págs. 495-509).

Este libro que acabo de exponer, es la obra de un Fiscal ejemplar.

11

DIEGO VICENTE TEJERA (HIJO): *El rapto.* Matanzas, Impr. Solís y Hnos., 1921. Un folleto en 4.°, de 54 páginas.

De la personalidad científica de Diego V. Tejera me he ocupado en la parte primera del presente estudio bibliográfico (1). Quiero hablar ahora de este reciente libro suyo.

En este sugestivo trabajo sobre el *rapto* comienza el Autor —después de una pequeña introducción histórica— por fijar el bien jurídico que el rapto lesiona, que no es, como ha creído el legislador español, un delito contra la honestidad, sino *contra las buenas costumbres y el orden de la familia,* entre cuyos delitos le incluye el Código italiano (págs. 5-8) (2).

(1) Véase atrás, pág. 58.

(2) Yo también he combatido el sistema del Código español, afirmando que el rapto, más que un delito contra la honestidad, es un de-

Digitized by Google

Tejera clasifica el rapto en *violento y consensual* (formas que prevé el Código vigente en Cuba), añadiendo otros dos extremos que atañen a su fin: *libidinoso* y *para conseguir un matrimonio* (pág. 8).

Apenas si se ocupa en el violento, limitándose a declarar "que debe ser rudamente castigado por ser antisocial por excelencia" (pág. 8). Del que trata con detenimiento es del rapto *consensual,* que para ser designado con el nombre de rapto "se ha tenido que forzar el vocablo" (pág. 11).

Dentro de esta segunda forma distingue Tejera dos especies: el rapto *propiamente consensual,* es decir, cuando la anuencia surge de manera espontánea, poniéndose de acuerdo ambos para que ella abandone el hogar con él; o por *seducción,* cuando "el raptor seduce a la raptada para que realice este acto" (pág. 11).

Con una gran perspicacia niega el Autor que el *rapto propiamente consensual* sea punible. En España sería raro ver a un miembro del Ministerio fiscal abogando por reducir el ámbito de una figura delictiva, aunque fuera con tanta justicia como lo reclama el asunto que Tejera desarrolla. "En el primer caso —dice el Autor— no debiera ser punible sino en determinados momentos..., nos parece monstruoso exigirle a un extraño que respete un hogar más que uno de los miembros de ese hogar. Buscar perversidad y peligrosidad en un hombre cuando éste, de acuerdo con una mujer, sin mediar seducción, se marcha con ella, es traspasar, hoy día, los límites del dolo" (págs. 11-12). En todo caso "tendríamos, para obrar con verdadera equidad, que condenar a los dos. Pero esto no es posible, el daño social e individual que se causaría a la familia y a la mujer misma sería mayor que el causado por el delito" (pág. 17). Tejera acepta el límite de edad de los diez y seis años, por bajo del cual la mujer es inimputable, y concluye castigando el *rapto propiamente consensual,* tan sólo cuando la muchacha que huye de su casa tenga menos de esa edad (págs. 17 y sigs.).

Pasando a otro punto, el Autor afirma que en la frase *miras deshonestas,* empleada por la ley penal, no cabe el rapto verifi-

---

lito contra la seguridad de las personas. (Vid. mi libro *Estudio de los delitos en particular. Notas sobre la parte especial del Derecho penal, para uso de los estudiantes.* Madrid, Suárez, 1921, vol. I, pág. 153.)

Digitized by Google

cado con el fin de contraer matrimonio, y combate duramente a los Tribunales cubanos, que "condenan a granel con sólo la manifestación de la raptada, sin entrar a analizar los hechos, porque sin duda creen que es moral esa condena, aunque sea injusta, para obligar al raptor a casarse, convirtiéndose de tal suerte en agencias de matrimonios..." (págs. 19-21).

Ocúpase después Tejera en el perdón de la parte lesionada. Advirtamos que, desaparecida la primitiva redacción del artículo 467 del Código cubano por la Orden 150 de 1900, hoy no existe el perdón expreso, sólo se permite el presunto por el matrimonio del raptor con la robada. El Autor, profundizando certeramente en la naturaleza del rapto, cree que debe mantenerse su carácter de delito privado, es decir, que sólo pueda perseguirse a instancia de parte; pero niega que —en la mayoría de los casos— ese perdón presunto deba conservarse, pues con él no se restablece el equilibrio social alterado por el delito, ni se borra la afrenta que sufrió la familia (pág. 23); sólo debe admitirse para algunas formas del rapto y "en los casos en que es relativamente beneficioso" (pág. 29). Estoy totalmente de acuerdo con Tejera, ya que he sostenido repetidamente que, si bien por causas de índole familiar, debe conservarse la naturaleza privada de ciertas infracciones, "no parece que hay motivo suficiente para que comenzado el sumario y dada ya publicidad al hecho, continúen considerándose como privadas y puedan, por tanto, quedar impunes por el perdón de la parte ofendida" (1).

En la segunda parte de su trabajo redacta el Autor diez y ocho "bases para un proyecto de ley de rapto" (págs. 32 y sigs.), en que, tras de una definición correcta (base I), se castigan las siguientes formas de rapto: violento; de niña menor de doce años; de seducción, cuando se trate de doncella honesta mayor de doce años y menor de veintiuno; y propiamente consensual, si se refiere a doncella honesta menor de diez y seis años (bases II a V). Siguiendo el criterio trazado por el Código y la Jurisprudencia de Italia, Tejera incluye en su proyecto el rapto de varón, en deter-

(1) *Derecho penal moderno y español*, en *Adiciones* a la traducción española del *Programa del Curso de Derecho criminal* de F. Carrara, parte general, tomo I. Madrid, Reus, 1922, pág. 118.

Digitized by Google

minadas circunstancias y con ciertos requisitos de edad (bases VI y VII). Prevé luego el caso en que el raptor no diera razón del paradero de la persona robada y el de que la dé muerte (bases VIII y IX), reglamentando después la persecución de este delito y sus consecuencias civiles (bases X a XVIII).

Un reparo he de poner a este Proyecto que redacta Tejera, a más de su desmesurada extensión para ser incluído en un Código: la excesiva dureza de las penas que señala. Por ejemplo, la base IX dice: "Si el raptor diese muerte a la persona raptada, será castigado con la pena de muerte" (pág. 42). No tiene la virtud de convencerme ninguna de las razones que el Autor alega en apoyo de este rigor (págs. 43-44). La pena capital debe desterrarse de los Códigos, y si se mantiene, jamás debe ir sola como sanción de un delito: no se pierda de vista que, de no ser así, no habría medio de apreciar la posible concurrencia de atenuantes. Salvo esta discrepancia, me siento identificado con el Autor; que, en materia tan abandonada como esta de los delitos en particular, ha sabido escribir un estudio pleno de interés y demostrar sus finas dotes de técnico.

12

KARL BINDING: *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts.* Vierter Band: *Die Fahrlässigkeit* (Las normas y su transgresión. Una investigación sobre la acción conforme a derecho y las clases del delito. Tomo cuarto: La culpa). Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1919. Un tomo en 4.°, de 681 páginas.

El profesor Carlos Binding fué una de las personalidades más representativas de la ciencia penal alemana, y de él he hablado en la parte primera de este estudio (1). El libro que voy a examinar ahora es el cuarto y último tomo de la obra principal de Binding, a que antes aludí (2). Este cuarto volumen se

(1) Véase atrás, págs. 65-67.
(2) Véase atrás, pág. 66.

Digitized by Google

consagra totalmente a la culpa. El año 1919 se dió la primera entrega de este tomo cuarto, que comprende la primera sección; y en 1920 publicóse la segunda entrega, que contiene la sección segunda. Luego han sido reunidas en un solo tomo, ya que la numeración de sus páginas era seguida.

En la primera parte se estudia "el desenvolvimiento histórico del concepto de culpa" (*Die geschitliche Entwicklung des Fahrlässigkeitbegriffs*) en el Derecho romano y en el germánico (capítulo I, págs. 8 y sigs.), en la Carolina (cap. II, págs. 88 y siguientes), en el antiguo Derecho penal común (cap. III, págs. 122 y sigs.) y en las leyes penales nacionales desde 1751 a 1869 (capítulo IV, págs. 228 y sigs.).

En la sección segunda se trata del "crimen y del delito dolosos en el Derecho común actual" (*Das fahrlässige Delikt und Verbrechen im heutigen gemein Recht*), y es en la que voy a ocuparme en esta nota bibliográfica, por ser la más interesante y de más alta importancia fuera de Alemania.

Binding quisiera que el concepto de la culpabilidad negligente se fundamentara en la idea que se ha ido fijando en el derecho vivido a través de los siglos, respetándose, ante todo, aquello que ha quedado invariable, en su esencia, durante infinito tiempo. Pero la ciencia ha desdeñado siempre esta realidad. Hace años dijo Binding, a propósito de los delitos culposos: "También la ciencia tiene sus hijastros, que desatiende, no porque le son menos interesantes, sino más secos (1)." La palabra fué repetida varias veces por otros escritores (2), y Carlos Jorge Wächter escribe al margen de su ejemplar: "¿Por qué hijastro?" Binding responde ahora: "Ningún hijo de carne y sangre ha sido tan despreciado por su madre, tan desdeñado sin conocerle, como el delito culposo lo ha sido, durante siglos, por las páginas de la ciencia a él consagrada" (págs. 310-311). Por tanto, a fin de establecer la naturaleza de la culpa, según el Derecho vigente, es preciso, ante todo, libertar el pensamiento fundamental del delito inintencional evitable, de los

(1) Comienzo del Prólogo, fechado el 2 de septiembre de 1872, de la primera edición del tomo I de *Die Normen*.

(2) Así, por Lucas, Exner, Köhler, etc.

Digitized by Google

matorrales de prejuicios dogmáticos (págs. 309 y sigs.). Para lograrlo se necesita empezar por reconocer que todo delito culposo es obra de la voluntad (*Willenswerk*). En un considerable número de estos delitos por negligencia, que constituyen un grupo no insignificante, la voluntad se dirige a un "acto claramente previsto en su efecto causal", tan exactamente como en el delito doloso, con la única diferencia de que en la culpa la antijuridicidad del acto era desconocida. Este "*delito culposo casualmente previsto*" (§ 301) —del que puede servir de ejemplo la muerte dada al supuesto agresor, en un supuesto peligro para la vida—, y cuya tentativa es fácil de reconocer y de fijar (§ 291), ha sido completamente ignorado por la dogmática de hoy (pág. 362). Reconoce el Autor que en esta voluntad falta el *querer provocar una lesión jurídica prevista;* pero como todo resultado es "producido por el acto causal querido", subsiste, a pesar de ello, su carácter de obra de la voluntad. En este "querer la causa" hallan un elemento común que sirve para asimilarlos, el asesino, autor de la muerte antijurídica, es decir, contraria a la voluntad del Derecho, el homicida culposo, y el causante de una muerte casual (págs. 363-365).

Ahondando en la naturaleza del problema estudia el Autor "la culpabilidad negligente del caso individual" (*Die fahrlässige Schuld des Einzelfalles*), a cuyo asunto dedica el capítulo III, tal vez el más profundo y sólido de todo este volumen. Binding intenta hallar la esencia del delito culposo, y comenta con singular tino la llamada falta de diligencia. Supónese que la negligencia puede evitarse con una diligencia adecuada y esa evitabilidad fundamenta, por tanto, una "previsibilidad espiritual". Pero el Autor rechaza que este llamado "deber de previsibilidad" (*Vorprüfungspflicht*), sea un "deber de diligencia" independiente, en el sentido de Feuerbach. Más bien debe hablarse de "deberes de conocer" (*Wissenspflichten*) de los que Binding ha tratado ya a propósito del error (1). Cuando estos "deberes secundarios" o "auxiliares" se cumplen, el acto no es atribuíble a la culpabilidad del agente; cuando no se han cumplido, alcanza al autor la reprobación social, por haber emprendido su acto "sin esa *conditio sine*

(1) Vid. *Die Normen*, tomo III, § 167, págs. 160 y sigs.

Digitized by Google

qua non del hacer, y, por tanto, ha obrado antijurídicamente" (página 505). Este resultado negativo es lo único decisivo para la culpa —pero no su fundamento—, porque el delincuente no ha llegado al conocimiento de la antijuridicidad.

Binding niega enérgicamente que exista una firme relación entre el delito culposo y una cualidad característica determinada, estimando que carece de valor la teoría de "la indiferencia frente a los bienes jurídicos o a las prescripciones del Derecho", defendida por Finger, y la de la "desconsiderabilidad" del carácter (*Rüksichtlosigkeit der Gesinnung*), seguida por Wahlberg, von Liszt, Lammasch y especialmente por Exner (págs. 506-507).

El Autor analiza después la "evitabilidad (*Vermeidbarkeit*) objetiva y subjetiva del acto antijurídico" (págs. 508 y sigs.) y comienza diciendo: "El problema de la culpabilidad, y, por tanto, de la responsabilidad del causante, debe plantearse sencillamente así: ¿Según qué concepción jurídica será evitable la acción antijurídica? ¿Deberá ser evitable objetivamente o podrá serlo subjetivamente?" (pág. 509). Después de analizado el asunto, sienta Binding la conclusión siguiente: "El orden jurídico podrá hacer objeto de una reprobación al autor de la perpetración de un acto, cuya antijuridicidad no haya sido reconocida por el agente. Pero esto sólo es posible cuando el autor ha poseído la capacidad de reconocer la antijuridicidad del acto y de desistir de ejecutarlo, según la concepción del orden jurídico y no de su propia concepción. Con otras palabras: El orden jurídico dice: ¡tú debes evitar el acto antijurídico, en tanto que le conoces según mi concepción!" (pág 512).

Para Binding, por tanto, no hay más que una "regla objetiva", llamando al contraste de una regla subjetiva y objetiva de la culpa una "fea confusión dogmática" (pág. 516). Esto no significa que el autor acuda a la "cómoda y apaciguadora" fórmula de la "medida media de diligencia", pues los actos que salen fuera de ese tipo son distintos en cada hombre. Además, el autor de un hecho incurre en una pena, a veces injusta, en caso de que quede por bajo de la medida media, y, en cambio, escapa impune, tal vez a pesar de una grave culpabilidad, cuando tiene la suerte de estar por encima de ella (págs. 519-520). La "regla personificada" (*dilingens pater familias*, "comerciante or-

Digitized by Google

denado", etc.) fué un descubrimiento de alto valor en la historia de los medios de enjuiciar; pero en verdad no es otra cosa que una medida media de radio más reducido (págs. 520-523). Estas fórmulas equivalen a la pretensión de medir "un hombre de carne y hueso (*in Fleich und Blut*) con una fantasma (página 522), olvidando que "la vida sólo con la vida puede medirse"; por eso el Derecho objetivo adopta "el poder viviente (*das lebendige Können*) del individuo a quien se juzga, en el momento del acto, como regla para sus exigencias" (pág. 525). El Autor ve en esto la "única cantidad aproximadamente mensurable", mofándose de las tentativas de precisión de von Bar, Liepmann, Tesar, Mannheim, etc. (nota 35 de las págs. 525 y sigs.).

"El poder (*Können*) de que aquí se habla es sólo el poder individual de obrar conforme a Derecho en el caso concreto, y, desde el punto de vista de la teoría del delito, se expresaría más exactamente diciendo: el poder de evitar el acto concreto antijurídico" (pág. 530). La doctrina que Binding desarrolla a este respecto es lo más interesante de todo el libro, y está muy lejos de ser una vana fórmula, vacía de contenido, ya que lo tiene efectivo y tangible en virtud de la seria elaboración de la idea que hace el Autor en párrafos sucesivos, donde se estudian las diferencias individuales del poder, su cantidad y naturaleza en el momento regulador, etc. (págs. 530-553).

La esfera y extensión del poder puede variar totalmente en los hombres, a causa de defectos de la percepción sensible, de inteligencia inferior, de emociones, de pereza en la atención y en el pensar, no condicionada patológicamente, y de estados de coacción y de urgencia; e incluso en la misma persona "el capítulo del poder" está sometido a fuertes oscilaciones (págs. 532-533). Para el juicio de la culpa es también muy interesante el tiempo transcurrido, que se precisa para la percepción, reflexión y decisión seguras (págs. 534-536), así como la diferencia entre la falta que conoció el autor en el momento del comienzo del acto, la falta causada culpablemente antes de la perfección de su capacidad de obrar (en la escuela, en la formación profesional), y la reprensión, dirigida al autor por haber cometido una falta después de realizado el total aprendizaje de su oficio o de su carrera. En todos los casos se determina, de acuerdo con lo dicho, la obliga-

Digitized by Google

ción jurídica del que obra según la importancia jurídica y causal de su acto concreto, exigiéndose "el más alto cuidado" en todos los ramos profesionales, como, por ejemplo, en la administración del Catastro, en el ejercicio de la Farmacia, en las recetas de los médicos, en las funciones de los prácticos, etc. (págs. 536 y sigs.)

El cuarto y último capítulo de esta parte se destina a "la perpetración del delito culposo y exposición de su sujeto", y en él hace valer Binding sus aportaciones fundamentales, expuestas en otros trabajos, del "hecho objetivo del delito" y de las "tres formas fundamentales del sujeto delincuente" (págs. 578 y siguientes). En este capítulo ofrece singular atractivo el juicio del Autor sobre el terrible incendio del *Ringtheater* de Viena, acaecido el 8 de diciembre de 1881 (págs. 591 y sigs.)

La obra de Binding, que ocupó su laboriosa vida, termina con estas palabras: "Los delitos no intencionales reclaman un juez que conozca, además del derecho escrito, el derecho no escrito, para poder dar pasos firmes y seguros, donde la ley le rehusa la mano rectora; pero también debe ser un conocedor de la vida y del alma; es preciso que sea justo en su delicada misión" (pág. 647).

13

KARL BINDING: *Die Schuld im deutschen Strafrecht. Vorsatz. Irrtum. Fahrlässigkeit. Kurzes Lehrbuch* (La culpabilidad en el Derecho penal alemán. Dolo. Error. Culpa. Tratado breve). Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1919. Un volumen en 4.°, de 164 páginas.

El pequeño libro en que nos ocupamos aquí ha nacido de una exigencia de la vida moderna. Las obras voluminosas apenas se leen hoy: si son importantes, se consultan; si su novedad y documentación están ausentes, se hojean, en el más favorable de los casos. Varias veces se había reprochado a Binding en Alemania, por abogados y jueces, que la gran extensión de sus *Normas* estorbaba su lectura y la difusión de sus pensamientos fundamentales. Teniendo en cuenta esto, y no ignorando el Autor, por haber pertenecido a la magistratura, el exceso de trabajo profesio-

Digitized by Google

nal que pesa sobre los consagrados a la práctica del Derecho, ha escrito esta obra, "dedicada por un antiguo Juez —como dice en la primera página— a los jueces penales alemanes, a los fiscales, así como a los defensores".

Aunque Binding se apresura a decir, en el Prólogo, que este estudio "no es un simple extracto de las *Normas*", reconoce que se halla "elaborado esencialmente con sus ideas" (págs. V y VI). El plan seguido responde al aceptado en su gran obra, y consta de cuatro capítulos, en los que respectivamente se exponen: "El doble concepto jurídico de la culpabilidad", "La intención antijurídica", "El error" y "La culpa".

Precisamente por hallarse elaborado este trabajo con los mismos pensamientos con que Binding compuso su libro maestro, es de utilidad para servir de guía a los que quieran emprender la lectura de su obra fundamental o consultar algún punto concreto, ya que en este "breve Tratado" cuida su Autor de remitir a los lectores, en cada materia, al correspondiente lugar de *Las Normas*.

14

WILHELM SAUER: *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts und Sozialphilosophie* (Bases del Derecho penal, con un bosquejo de una Filosofía jurídica y social). Berlín y Leipzig, Vereinigung wisenschaftlicher Verleger Walter de Gruyter & Co., 1921. Un volumen, en 4.°, de XXI y 685 páginas.

En la *primera parte* de este libro de Guillermo Sauer —del que hablé antes (1)— que se titula EL ESPÍRITU DEL DERECHO PENAL (págs. 1-68), el Autor trata de resolver las graves cuestiones jurídico-penales, centrándolas, por un lado, en el sistema general de la ciencia y, por otro, en la vida social, en la vida ante todo y sobre todo. En un primer *cuadro*, que inserta el Autor al final de la parte segunda de su obra, aclara las distinciones y asuntos de cada una de las ciencias. El Derecho penal tiene sus límites de ciencia propia, con una bien marcada frontera, que le separa de la Etica y de la Sociología; por eso rechaza

(1) Vid., sobre Sauer, más atrás, pág. 73.

Digitized by Google

Sauer la fundamentación ética de la culpabilidad y la doctrina penal sociológica (págs. 60-62). El Autor asienta su obra sobre la *teoría del conocimiento* y, basándose en ella, aborda los problemas capitales del Derecho penal; pero no sólo los enfronta de manera teórica, sino en su aspecto práctico, que hace útil la obra para el jurisconsulto y el magistrado.

Sauer afirma que el fundamento de todo Derecho penal, "en cierto modo el motivo primigenio, es: lo injusto (*Unrecht*) + culpabilidad (*Schuld*) = pena" (pág. 6). Con este criterio aborda, en la *segunda parte,* EL SISTEMA DEL DERECHO PENAL (páginas 69-656), tratando de *la pena,* en la *sección primera,* donde estudia su fin y su naturaleza, las tesis retribucionista y expiatoria, la lesión del interés público, la idea y el concepto real de la pena, la pena abstracta, concreta y realizada, la juridicidad de la misma y la lucha entre las escuelas clásica y moderna (páginas 69-201). En este debate, entre las doctrinas, toma Sauer una postura que pretende ser original: el Autor parte de la idea de que ambas posiciones tienen medula jurídica, y afirma que la pena es, sin duda, retribución, ya que su "esencia significa un mal causado al autor por un órgano (competente) de la comunidad, con un fin retributivo de lo injusto grave y con un fin expiatorio de su culpa" (pág. 86); pero que sólo se justifica cuando sirve objetivos más altos, es decir, los fines de la sociedad.

En la *sección segunda,* tras de decir del delito, como *definición* "provisional", que es "lo injusto grave culpable" (páginas 201-231), pasa a estudiar, en sendos capítulos, esos dos elementos en que radica su esencia: lo *injusto y la culpabilidad.*

En el *Capítulo primero* (págs. 231-502, en que se esclarece el concepto y naturaleza de lo *injusto* y de los problemas que le integran, se ocupa Sauer de la esencia del Derecho y de lo injusto (problema de conocimiento) (págs. 231 y sigs.), del hecho y de las causas de justificación (págs. 293 y sigs.), del hecho y de los requisitos (págs. 339 y sigs.), del valor del concepto de lo injusto (problema valorativo) (págs. 367 y sigs.), del obrar (acción y causalidad) (págs. 406 y sigs.), de la tentativa y de la participación (págs. 462 y sigs.), y de la unidad y pluralidad de delitos (págs. 479 y sigs.).

Digitized by Google

El *Capítulo segundo* (págs. 503-656), que va destinado a la investigación de la *culpabilidad*, trata: de la libre voluntad, donde el Autor repite los manidos argumentos de que sin libre albedrío no se concibe el derecho ni la represión (págs. 503 y sigs.); de la naturaleza de la culpabilidad (págs. 532 y sigs.); de sus elementos, dolo y culpa (págs. 577 y sigs.), y de sus tipos y grados (págs. 625 y sigs.). Retengamos, como hecho digno de notarse, que Sauer trata aquí de la *medida de la pena* (página 645), apartándose del sistema generalmente seguido por los escritores alemanes, que abordan el asunto de las llamadas causas atenuantes y agravantes al tratar de las penas. El Autor intenta con ello dar una fundamentación firme a estos asuntos; pero no hace nada nuevo para nosotros, ya que italianos y españoles hemos tratado casi siempre estas cuestiones, al estudiar la responsabilidad. En cambio destierra Sauer del Derecho penal sustantivo lo referente a las *causas de extinción de la pena*, que remite al Derecho procesal, donde las ha estudiado él en otra "obra paralela" (1) a esta que estoy reseñando. Pero tampoco vemos en esto una novedad, puesto que Bernardino Alimena había hecho antes una cosa análoga. "*Io (che non credo a tante cose* —decía el llorado Profesor de Módena en el prólogo de sus *Principios* —*do scarsa importanza alla distinzione corrente tra "diritto sostantivo" e "diritto formale"*, y remitía al procedimiento criminal el estudio de aquellas materias (2).

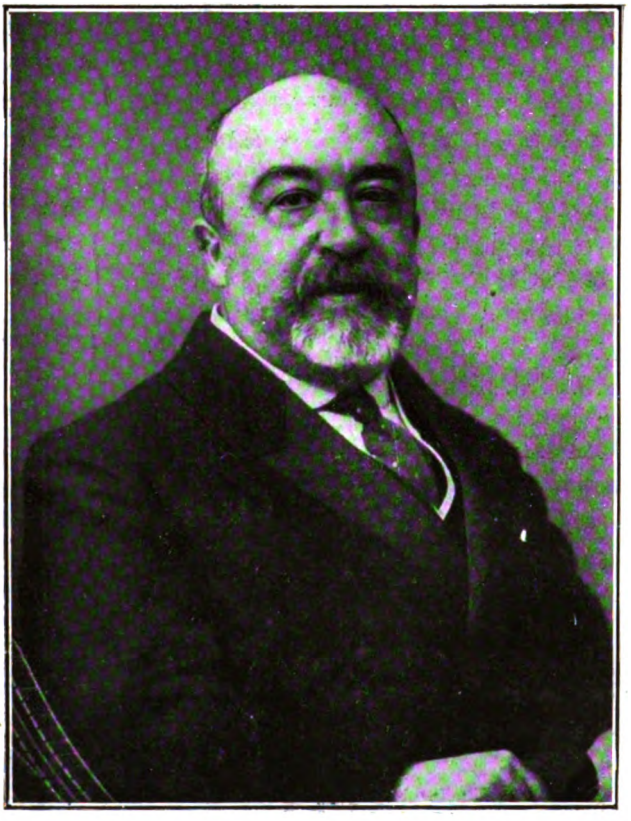
Un segundo *cuadro* del Derecho penal concreta la "ordenación sistemática" en que la obra se asienta. Los elementos rectores, la pena, lo injusto y la culpabilidad, se despliegan en "conceptos fundamentales puros", "formas típicas legales", comprensivas de "tipos positivos" y "negativos (causas eximentes)" y "concreciones". Esta tabla, sumamente expresiva, va, como la de la ciencia, al final de la segunda parte del libro.

La tercera y última parte de la obra lleva por título MÁS ALLÁ DEL SISTEMA (págs. 657-666) y se divide en tres párrafos decorados con títulos sugestivos: el *progreso de la ciencia* (págs. 657 y

(1) *Grundlagen des Prozessrechts*, 1919, págs. 313, 340, etc.

(2) *Principii di Diritto penale*, vol. I. Nápoles, Pierro, 1910, páginas XVIII-XIX.

Digitized by Google



DON VICENTE SANTAMARÍA DE PAREDES
(N. 17 mayo 1853. † 26 enero 1924.)

Digitized by Google

Digitized by Google

658); *la vida* (págs. 658-663); y la *eternidad* (págs. 663-666). "La vida y la eternidad —dice Sauer— son dos antípodas entre las que se extienden la ciencia y el arte." "Las dos son científicamente incognoscibles. Pero la ciencia conoce las fronteras de lo posible para ellas. Y este conocimiento es su progreso" (página 658). En esas dos grandes ideas funda el Autor, en último término, sus convicciones libero-arbitristas y la esencia de la culpa y de la redención.

15

ED. GUCKENHEIMER: *Der Begriff der ehrlosen Gesinnung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Beurteilung politischer Verbrecher.* (El concepto del móvil deshonroso en Derecho penal. Una contribución para la calificación penal del delincuente político). Cuaderno primero de los *Hamburgischen Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Abhandlungen aus dem Seminar für Strafrecht und Kriminalpolitik an der hamburgischen Universität.* (Escritos hamburgueses de ciencias penales en general. Trabajos del Seminario de Derecho penal y Política criminal de la Universidad de Hamburgo), publicados por el Prof. Dr. M. Liepmann. Hamburgo, W. Gente, wissenschaftlicher Verlag, 1921. Un volumen en 4.°, de 112 páginas.

El trabajo de Guckenheimer (1) revela en el título su interés vitalmente sugestivo, por referirse a un asunto siempre palpitante: el de la delincuencia política.

Comienza el autor por una *ojeada histórica* —que constituye el capítulo primero— sobre el origen del § 20 del Código penal alemán y de las disposiciones vigentes sobre "arresto en fortaleza" (*Festungshaft*) (págs. 14-34). La redacción actual de ese paragrafo del Código del *Reich* dice así: "Cuando la ley permita elegir entre reclusión (*Zuchthaus*) y arresto en fortaleza, sólo

(1) Sobre él y los *Hamburgische Schriften*, vid. atrás, pág. 70.

Digitized by Google

se debe imponer la reclusión cuando se compruebe que el acto punible ha nacido de un móvil deshonroso". Este precepto no se halla en el Código prusiano de 1851, ni en los Proyectos de Código penal de la Confederación alemana del Norte, siendo incluído en la ley por las discusiones habidas en el *Reichstag* de esa Confederación, en las que tomaron parte hombres tan representativos como Windhorst, von Mallinckrodt, Miquel, Lasker, von Kirchmann, y conocidos generales como von Moltke y Steinmetz (pág. 14).

En el capítulo segundo recoge el Autor los materiales legislativos. La primera parte la dedica al *Extranjero,* analizando los preceptos pertinentes del Código noruego, del Anteproyecto sueco y de los Proyectos austriacos y suizos (págs. 34-47). Por cierto que, confundido sin duda Guckenheimer con las épocas en que se publicaron las versiones francesa y alemana del Proyecto sueco, le atribuye la fecha de *1918,* cuando es bien sabido que la parte general vió la luz en *1916*: la "introducción" de Thyrén está fechada en 3 de enero de dicho año. La segunda parte de este capítulo trata de *los intentos alemanes de lege ferenda* (págs. 47-57), investigando las disposiciones relativas al problema que el Autor estudia, que se hallan en el Anteproyecto de 1909, en el Contraproyecto de 1911, en las deliberaciones de la Comisión de 1911-1913 y en el Proyecto de 1919, y que mantienen la esencia del § 20 del Código en vigor, Guckenheimer resume así el resultado de este estudio de Legislación comparada: "Los nuevos Proyectos se pueden repartir en dos grupos. De un lado están los Proyectos alemanes y sueco, que atribuyen al concepto del móvil deshonroso una importancia decisiva. De otro lado se hallan los Proyectos austriacos y suizos, que en último término llegan a una repulsa del concepto de móvil deshonroso. Pero ambos grupos tienen de común que en ninguno de ellos se encuentra la más leve tentativa de organizar fundamentalmente ese concepto" (pág. 56).

En el capítulo tercero, consagrado a *La Práctica* (págs. 57-78), es donde alcanza el libro de Guckenheimer su máximo interés. En él se estudian algunos procesos políticos anteriores a la guerra, y los del tiempo de la Revolución; entonces la obra toma el aspecto sensacional de las cosas intensamente vividas. El

Digitized by Google

Autor analiza la sentencia del Tribunal imperial, dictada contra Carlos Liebknecht en 1907, y la condena que se le impuso por el Tribunal militar de Berlín en 1916; estudia, asimismo, el proceso seguido en Hamburgo contra otro jefe comunista, el doctor Lauffenberg, y la sentencia de 20 de noviembre de 1919; y pasa a tratar de las decisiones del Consejo de Guerra de Munich. Entre éstas le merece especial estudio el injusto fallo contra Eugenio Leviné, condenado a muerte y ajusticiado por haberse puesto al frente del Gobierno soviético, proclamado en Munich la noche del 13 de abril de 1919; mientras que a Toller, reo de análogo delito, sólo le fué impuesta la pena de arresto en una fortaleza, por apreciarse en su favor la no existencia de móviles deshonrosos. Después investiga los procesos contra Wadler, Mühsam, el ruso Axelrod y el economista doctor Neurath. En estas sentencias el Tribunal repartió las condenas sin ton ni son, negando unas veces y aceptando otras, aunque los casos fueran idénticos, la existencia del carácter deshonroso. La prensa izquierdista, especialmente la *Freiheit*, protestó, con razón, diciendo que los oficiales del Consejo de Guerra de Munich querían dar a sus decisiones la apariencia de una especial reflexión, rechazando o reconociendo alternativamente el móvil honroso: "Leviné: no; Toller: sí; Axelrod: no; doctor Neurath: sí; doctor Wadler: no; Mühsam: sí, etc." (pág. 76.) El Autor termina relatando el proceso contra el conde Arco-Valley, que mató al presidente del Consejo Kurt Eisner, y que fué condenado, el 16 de enero de 1920, por el Tribunal popular de Munich, con reconocimiento de no haber procedido por un móvil deshonroso. Ante la discrepancia de estas sentencias intenta Guckenheimer una doble explicación; lo turbulento de estos años en Alemania, donde, por estar agitadísimas las pasiones políticas, les es difícil a los jueces objetivarse, y, más principalmente, las deficiencias del § 20 del Código alemán, donde no existe un concepto de móvil deshonroso (pág. 78).

En el capítulo IV expone el Autor *El tratamiento teórico del problema* (págs. 49-108) intentando, primero, definir el concepto de móvil deshonroso mediante la distinción de éste y del motivo o intención, y estudiando después las opiniones expuestas sobre el precepto del derecho vigente.

Digitized by Google

El criterio del Autor se concreta con toda claridad en las siguientes conclusiones:

"1.ª La cualidad ética del móvil del delincuente *no es apta*, como *criterio legislativo*, para la elección de la *clase* de pena.

"2.ª La cualidad ética del móvil pertenece a los motivos que el juez ha de considerar en *todos* los delitos, para la medida de la *duración* de la pena.

"3.ª Entre los motivos endógenos, que, al lado de los factores sociológicos, son reguladores para la clasificación de todo delito, es de *especial importancia* la cualidad ética del móvil.

"4.ª El *arresto en fortaleza* debe suprimirse, así como cualquier otra clase de custodia honesta.

"5.ª En la condena a reclusión deben borrarse todas las *consecuencias infamantes*. Especialmente no debería imponerse ninguna de esas consecuencias sobre el honor, cuyos efectos traspasaran el tiempo de duración de la pena principal" (pág. 108).

El libro de Guckenheimer es, ante todo, una obra seriamente compuesta, con honrada bibliografía, que el Autor ha consultado, en la que echo de menos algunos interesantísimos trabajos italianos, como los de Hugo Conti (1).

Las conclusiones que acabo de transcribir me parecen muy afortunadas, salvo la primera, a la que podrían oponerse serios reparos. Yo, que doy el más alto valor al móvil, de significación decisiva en materia de delincuencia político-social, acepto la primera conclusión tan sólo en lo que tiene de repulsa para la fórmula del Código de Alemania, y, sobre todo, en lo que supone guerra contra el simple e ingenuo sistema de penas paralelas, que tanto entusiasma a muchos franceses, y en particular a Garçon. Estamos ante asuntos de gran complejidad, para los que no sirven tan primitivos instrumentos.

En especial me adhiero a las últimas frases del libro de Guckenheimer, transcritas por mí varias veces (2) y que quiero re-

(1) *I motivi a delinquere.—Ancora i motivi a delinquere.—Nuove ricerche intorno ai motivi a delinquere* (en *Suppl. a Rivista penale*, V, fasc. III-IV;—*Rivista carceraria*, 1.º octubre 1897;—*Rivista penale*, noviembre 1898.—y en la *Onoranze* a Francisco Carrara, pág. 111).

(2) L. Jiménez de Asúa, *El estado peligroso*, etc., Madrid, Pueyo, 1922; *Adiciones* al *Programa* de Carrara (trad. española). Madrid, Reus, 1922, vol. I, pág. 734; etc.

Digitized by Google

producir una más: "...La actuación penal contra el delincuente político sólo se justifica cuando se halla consolidado de un modo cierto el poderío estatual. La justicia punitiva no puede ser un medio en la lucha por el poderío político. De aquí resulta una restricción en las aplicaciones de los preceptos penales dirigidos contra el delincuente político... Un derecho penal que no tiene fuerza para dejar intacta la lucha de los partidos y para elevarse por cima de las opiniones políticas del día, no podrá evitar el peligro de ceder a los ciegos instintos de represalia y a los momentáneos afectos surgidos en la lucha política" (pág. 109).

16

M. LIEPMANN: *Die Reform des deutschen Strafrechts. Kritische Bermerkungen zu dem "Strafgesetzentwurf"* (La reforma del Derecho penal alemán. Observaciones críticas al "Proyecto de ley penal"). Cuaderno segundo de los *Hamburgischen Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Abhandlungen aus dem Seminar für Strafrecht und Kriminalpolitik an der hamburgischen Universität.* Hamburgo, W. Gente, wissenschaftlicher Verlag, 1921. Un volumen en 4.°, de XVI y 151 páginas.

El mismo director de estos "Escritos hamburgueses" les dona su esfuerzo personal autorizado, con este estudio sobre la reforma penal en Alemania (1). El trabajo que voy a reseñar aquí, dedicado a la memoria de Franz von Liszt, enriquece la serie de estudios que se han escrito en torno al nuevo Proyecto de Código penal alemán de 1919 (2). Y como dice justamente Liepmann, la elección de tema no precisa justificarse porque es materia que debe interesar a técnicos y profanos en Alemania. "En la actualidad —escribe el autor en las primeras líneas del prólogo— se halla la reforma del Derecho penal en primer plano para nosotros los juristas, y debe presentarse también, como un asun-

(1) (Vid. sobre Liepmann y sus *Escritos hamburgueses,* pág. 70 de este estudio.

(2) Vid. atrás, págs. 79-84.

Digitized by Google

to de interés general más alto, a todos aquellos que trabajan en el vasto desenvolvimiento cultural de nuestro pueblo." (Página IX.)

Este libro es de crítica; el propio autor fija, en su bien escrito prólogo, la tarea que se impone y el fin que persigue. El nuevo Proyecto de Código alemán ha obtenido, tanto en la prensa profesional como en la diaria, la más favorable acogida, y hasta en los círculos políticos, cuya opinión es de importancia para la suerte del Proyecto, se va elaborando un criterio erróneo: el de que se halla a la vista un trabajo de reforma de "gran estilo". Liepmann confiesa que no cabe la menor duda de que esa reforma proyectada "supone un progreso esencial en comparación con el Código penal vigente". "Sólo o casi tan sólo —añade el autor— desde *este punto de vista* ha sido hasta ahora críticamente considerado el Proyecto. Y no debe tampoco olvidarse que sus principales entusiastas han sido criminalistas que han colaborado en él o en sus inmediatos predecesores (Anteproyecto, Proyecto de la Comisión)." Así se ha producido una corriente que se concreta con claridad en la frase de Exner: "El más grave defecto del Proyecto es que aún no sea ley." Con harto motivo se escandaliza Liepmann de que "en cuanto se osó tan sólo la tentativa de descubrir las faltas, salieron, de este común sentir, voces de advertencia: no se debe criticar el fondo del Proyecto" (Kitzinger, Rosenfeld). "Es absurdo —dice el Autor— pretender que la crítica sea únicamente de comparación con el Código actual, porque así se sabe de antemano que los resultados le serán halagüeños." "Pero si se compara el Proyecto con aquellas exigencias de la actualidad..., no puede desconocerse que necesita con urgencia, precisamente en sus disposiciones fundamentales, una nueva elaboración." Del *Reichstag* sólo espera Liepmann mejoras de detalle y contadas discusiones críticas en orden a problemas de principios (pena de muerte, pérdida de derechos civiles y políticos, penas en relación con el móvil). "¡La consecuencia sería un Código que estaría envejecido ya el día de su entrada en vigor!... Este peligro pretende prevenir el escrito presente." El Autor trata de demostrar "cuán poco se satisfacen en el Proyecto las exigencias político-criminales y culturales de la actualidad"; crítica

Digitized by Google

que no se ha hecho hasta ahora; pero "su fin no va, en verdad, a paralizar la labor de reforma". "Yo creo más bien —escribe Liepmann— que del Proyecto puede hacerse una obra más viable y de más valor si se le dota de nuevo espíritu, y, ante todo, si se destierran las muchas medias tintas y obscuras transacciones, que no resuelven los problemas, sino que los alejan." (Págs. 9 y 10.)

El libro de Liepmann comienza con una INTRODUCCIÓN (páginas 1-13). En ella habla primero de la historia de la reforma penal, recordando el famoso compromiso de von Liszt y Kahl en el "Congreso de juristas alemanes" de 1902, la composición de la admirable obra *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts* (Exposición comparada de Derecho penal alemán y extranjero), que sirvió de antecedente al Anteproyecto de 1909, la redacción de éste, así como la del Contraproyecto de 1911, y la del Proyecto de la Comisión de 1913, para llegar, por fin, al Proyecto de 1919, objeto de su estudio (págs. 1-2). Los autores de este último —cuatro prácticos de la más alta estima (Joël, Ebermayer, Cormann y Bumke)— no tuvieron más tarea que la de mejorar y aclarar el Proyecto de la Comisión, conservando sus concepciones básicas (págs. 3-4).

El autor trata luego de los *principios en que debe asentarse la reforma penal,* y analiza el criterio de los positivistas que desean fundarla en la defensa social. A propósito de esto, alude al Proyecto italiano de 1921, que sólo tiene en cuenta en algunos pasajes del libro, a pesar de calificarle de "una labor de lo más interesante" (pág. 5, nota 2). Pero Liepmann no acepta esta tendencia y concluye diciendo que la dirección positivista es "fundamentalmente" un "camino extraviado". Tres principios afirma el autor que deben ser contemplados por los que tratan de componer un nuevo Código: 1.° Que las figuras de delitos sean creadas sobre lo que "las convicciones populares de una época y de una cultura" estimen como ataques graves, contra la orden tenida como obligatoria. 2.° Que sólo se penen aquellos actos en los que la pena es apta para oponerse a ellos con resultado positivo, y no aquellos cuya "penalización" puede tener como consecuencia efectos peores que el silen-

Digitized by Google

cio de la Ley. 3.° Que no debe olvidarse que "toda pena criminal es un mal, no sólo para el delincuente que ha de sufrirla, sino, ante todo, para el Estado que castiga, ya que pierde con ello fuerza y valor humanitarios", debiéndose, por esto, desterrar "aquellas penas que crean más mal que el que evitan o alejan", y establecer, en vez de "penas exterminadoras" —física o moralmente—, penas que tiendan "a elevar de modo humano al criminal y a nosotros mismos, los órganos del Estado, así como a la Sociedad" (págs. 9-13).

Tras de esta "introducción" penetra Liepmann en su empresa crítica.

El *primer libro* va consagrado a estudiar EL PROYECTO COMO REALIZACIÓN DE LAS EXIGENCIAS POLÍTICOCRIMINALES DEL PASADO. En un *primer párrafo* se analiza *el lenguaje y la técnica del Proyecto* (págs. 14-24), y en el *segundo apartado* se examina *el diferente tratamiento de los delincuentes*: medidas de seguridad, libertad provisional, sistemas celular y en común y sistema progresivo (págs. 25-44).

El *libro segundo* se titula: EL PROYECTO Y LAS EXIGENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES DEL PRESENTE. El *párrafo primero* se ocupa en los *hechos punibles* y consta de un *primer apartado* sobre la *limitación objetiva del poder penal del Estado,* donde se contienen críticas —algunas poco certeras, a mi juicio— sobre la tentativa inidónea, co-reidad y participación, complot y banda, y *dolus eventualis* (págs. 45-86); y de otra *segunda parte* en que el autor dispara contra algunas caducas figuras de delitos o contra absurdas reglamentaciones que el Proyecto conserva. El título de este apartado es suficientemente expresivo: *Derecho envejecido y problemático en el Proyecto.* Aquí se examinan el duelo, los delitos contra las buenas costumbres (sodomía, pederastia, aborto, adulterio, incesto, seducción, proxenetismo, rufianismo), el delito de indiscreción —o, como dice el Proyecto en el § 355, "la discusión pública de asuntos privados ajenos"— y la provocación a violar la ley (págs. 86-121). El *párrafo segundo* versa sobre *el sistema penal del Proyecto,* y en él estudia Liepmann la multa y la reprensión, las penas contra el honor, la casa de trabajo, la custodia de seguridad y la pena de muerte (págs. 122-151).

Digitized by Google

En algún punto quiero señalar mi discrepancia. Al ocuparse en la *tentativa inidónea* (1) o *delito imposible,* como decimos los escritores latinos, critica Liepmann la fórmula del Proyecto, que es de índole subjetiva, ya que dispone en el párrafo 2.° del § 24 que "el juez puede atenuar libremente la pena cuando la tentativa no puede llegar a consumación", y que puede ser perdonada cuando no merezca castigo, por "especiales circunstancias del caso". Pues bien, Liepmann critica este precepto y propone la siguiente disposición para sustituírle: "El autor quedará impune cuando la tentativa no pudiera llegar a ejecución porque fuera inidóneo el plan del autor." Páginas 48-54). Todo aquel que piense, como yo, en el significado decisivo de la peligrosidad del agente, tiene que preferir, con mucho, la fórmula del Proyecto a la propuesta por su censor, demasiado influído por viejos criterios en este y en otros varios puntos.

Con todo, la obra que acabo de reseñar es muy digna de aprecio.

17

ERNST BELING: *Mehodik der Gesetzgebung insbesondere der Strafgesetzgebung. Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919.* (Metódica de la legislación, especialmente de la legislación penal. Con una contribución a la crítica del Proyecto de Código penal de 1919). Berlín-Grunewald, Walther Rothschild, 1922. Un volumen en 4.°, de 192 páginas.

Este nuevo trabajo de Beling (2) —cuyo asunto es el mis-

(1) Esa es la verdadera traducción de la frase alemana *untauchlicher Versuch,* puesto que *tauglich* significa apto, idóneo. Por eso resulta estúpido —estupidez en que yo mismo caí, sin reparar en que lo tomaba de un ameno criminalista, ignorante, en iguales proporciones, del derecho penal y de la lengua alemana.— traducir *tentativa inhábil,* puesto que no es lo mismo habilidad que idoneidad; y es más estúpido aún hablar de *tentativa "inhábil"* y de *delito imposible* como de cosas totalmente distintas; de esta estupidez sí me libré.

(2) Vid sobre Beling y sus obras, págs. 70-71. del presente estudio.

Digitized by Google

mo que el abordado por Liepmann en el estudio que acabamos de reseñar— es, como los anteriores del autor, hijo de una exquisita reflexión y sabio de técnica, en que Beling es maestro.

El estudio que hora me ocupa publicóse primero en el *Archiv für Rechts und Wirtschaftphilosophie* (1), y al imprimirlo después en forma de libro, no sólo se han añadido los índices y el prólogo, sino también un interesantísimo apéndice, en el que se da parte de la redacción de un Contraproyecto, compuesto por Beling, para dar forma legislable a sus doctrinas.

Este libro, como el de Liepmann, tampoco forma entre los trabajos de panegírico del Proyecto alemán. La tarea del autor es de crítica profunda —desde un punto de vista doctrinal en un todo distinto al sustentado por el profesor de Hamburgo—, que sin suponer censura contra los que lo elaboraron, va dirigida a demostrar la ausencia de metódica. Beling huye de reproches, abstracción hecha de otros motivos, por la primordial causa de que, en esta vía del método, "la ciencia no ha preparado suficientemente el camino", pues si bien es cierto que en la actualidad se han hecho estudios sobre metódica en sí, y aun sobre metódica del Derecho, se ha descuidado la de la legislación, y, sobre todo, la de la legislación penal (pág. III).

Toda la primera parte del estudio que reseño tiende a demostrar que "prácticamente", una legislación precisa ser *metódica* y en esa parte se exponen los principios rectores que, para toda legislación, y especialmente para toda legislación penal, son aplicables. Esta obra de Beling sale, en cuanto a su importancia y límites, de la esfera estrecha de un comentario al último Proyecto alemán. El mismo autor dice que sólo le toma como objeto, porque "este escrito ha surgido, ante todo, del estudio del Proyecto" (pág. IV). El epígrafe de esta primera parte expresa con claridad el contenido: PRINCIPIOS METÓDICOS (páginas 1-108) y comprende a su vez dos estudios distintos: uno amplio, referente a la *legislación en general,* donde se examina el "pensamiento volitivo" y el legislativo, bajo la ley lógica (páginas 1-28), y otro estudio más especializado sobre *la metódica de una legislación penal en particular* (págs. 28-108), donde va exponiendo Beling sus ideas sobre los puntos jurídico-penales que

(1) Tomo XV, págs, 14 y sigts., y 133 y sigts.

Digitized by Google

tienen una más exacta relación con la ley de la Lógica. El autor estudia, en primer término, la posibilidad de una metódica especial de la legislación penal y los límites de la tarea del legislador (págs. 28-50), e ilustra después los temas siguientes: la fijación del concepto de la pena, donde se discuten los conceptos de pena-retribución y pena-aseguramiento, y se concluye por aceptar las dos finalidades, pero actuando separadamente (páginas 50-59); las clases de delitos y las figuras delictivas definidas por la ley (*gesetzliche Tatbestände*) (págs. 59-66), y la importancia lógica de las figuras delictivas para la culpabilidad (págs. 66-79), para la consumación y la tentativa (págs. 80-92) y para los actos de autor y de participante (págs. 92-108).

La segunda parte se titula: LAS FÓRMULAS DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1919, AUSENTES DE PERSPECTIVA METÓDICA (págs. 108-184), y tiene, a más de su carácter crítico, un sentido de doctrina aplicada, pues al poner de manifiesto los errores del proyectado Código, le utiliza, a modo de ejemplo, para poner de relieve las exigencias metódicas, dándolas una ejecución práctica. Beling evita así el defecto de esterilidad de las tesis abstractas. "Toda doctrina metódica —dice el autor en el prólogo—, cuando se limita a la exposición de sus principios generales, queda más o menos árida y enojosa" (pág. IV). Esta segunda parte resulta, pues, de "doctrina metódica aplicada", mientras que la primera es "teoría pura".

Beling aborda en ella estos importantes problemas, en que utiliza las doctrinas fundamentales que antes sentó: la fijación del concepto de la pena (págs. 108-113); el esclarecimiento de las cuestiones tratadas en el Proyecto, que no son de Derecho penal, y que pertenecen a la profilaxia del delito, al Derecho administrativo o a la esfera procesal (págs. 113-123); el comento a una frase de la Exposición de motivos del Proyecto (*Denkschrift*), en que se señala como un progreso la diferencia entre el Derecho penal, propiamente dicho, y el "Derecho penal de Policía", lo que le lleva al autor a preguntar si hay dos Derechos penales (págs. 123-127); la definición del hecho punible y la antijuridicidad del acto (págs. 127-134); el tratamiento de la teoría de la culpabilidad, que comprende la culpabilidad y la imputabilidad, el dolo y la negligencia (págs. 135-

Digitized by Google

155); la tentativa (págs. 155-160); y la doctrina de la participación (págs. 161-175). Todos estos asuntos, claro es, son desenvueltos, comentados y criticados, arrancando de los preceptos del Proyecto de 1919. Esta parte finaliza con otras observaciones sobre el Código proyectado (págs. 175-179), y con una apreciación general sobre él (págs. 179-184). El autor resume esa estimativa diciendo que "si bien el Proyecto es estimable como *obra de voluntad,* no puede, sin embargo, decirse lo mismo de él como obra de pensamiento". Sus fórmulas son "poco satisfactorias". "Los conceptos particulares son a menudo inadecuados para lograr una claridad exacta, o intrínsecamente imperfectos. Falta la unidad de pensamiento; relaciones necesarias se rompen sin plan, valores y conceptos relacionados se hallan frecuentemente desligados uno junto a otro o en contradicción. De aquí los reiterados desconocimientos del problema normativo..." (Págs. 179-180.)

El apéndice contiene la PARTE DE UN CONTRAPROYECTO (páginas 185-190); en donde se articulan los principios defendidos en el libro presente. He aquí el sistema que patrocina Beling: *Libro primero*: *Código penal* (*Strafgesetzbuch*), que comprende la parte general y la especial, que se subdivide en crímenes y delitos y contravenciones. *Libro segundo*: *Código de seguridad* (*Sicherungsgesetzbuch*).

Este segundo libro se reparte, como el primero, en una parte general y en otra parte especial. En la primera tendrán su lugar propio las siguientes disposiciones:

"§ 1. Contra aquellas personas de las que puede esperarse una conducta contraria al orden jurídico se establecen las medidas de seguridad previstas en los §§... a... [Aquí serán citados los §§ de la parte especial en que se reglamenten las particulares medidas de seguridad].

"Estas medidas estarán exclusivamente en manos del juez, en cuanto no se halle exceptuado.

"§ 2. Estos medios son también aplicables contra aquellas personas que sólo han cometido un acto preparatorio no punible, cuando no se aparten espontáneamente de la ejecución del acto y cuando de ellas puede esperarse una conducta contraria al orden jurídico.

Digitized by Google

"Lo mismo es aplicable para aquellas personas que sólo quedan impunes porque su conducta ocurrió en circunstancias no conocidas por ellas, y en las que la experiencia de la vida excluiría la realización de un hecho punible definido en la ley.

"Son también aplicables medidas de seguridad contra aquellas personas que, a consecuencia de haberse traicionado a sí mismas o por haber sido acusadas por otra, se demuestra que de ellas puede esperarse una conducta peligrosa para el orden jurídico.

"§ 3. Queda intacta la inflicción de otras medidas distintas a las reguladas en este Código para prevenir la conducta contraria al orden jurídico" (págs. 189-190).

Esta tesis final de Beling no anda muy alejada de la defendida por su antecesor en la Cátedra de Munich, el célebre clásico Carlos von Birkmeyer, que pidió reiteradamente la redacción de dos Códigos separados, retribucionista el uno, preventivo el otro, en el último de los cuales se regularían las medidas de seguridad (1). Estudiando el Anteproyecto sueco, a propósito del cual expuso Birkmeyer por segunda vez su criterio, combatí la propuesta de Código doble (2).

La doctrina responde a un particular modo de ver los asuntos del estado peligroso, y tiene su equivalente en Italia con la teoría ilustrada por Hugo Conti, que distingue el *delito* de la *peligrosidad*, y sostiene que ambos conceptos deben coexistir: el primero es una violación del orden jurídico, la segunda es una simple condición personal; por eso hacen falta dos procedimientos y dos juicios o procesos. Contra este artificioso edificio me he pronunciado ya abiertamente (3). Mas en Italia, quien sostiene, en realidad, una postura idéntica a la de Beling, en lo relativo a construír un Código preventivista junto al Código de la

---

(1) *Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch.* II, *Stafe und sichernde Massnahmen im Vorentwurf*, Leipzig, Engelmann, 1911.

(2) Vid. mi libro *El Anteproyecto de Código penal sueco de 1916.* Madrid, Reus, 1917, pág. 11.

(3) Cfr. mi *Estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, Imp. de Pueyo, 1922, pág. 41.

Digitized by Google

represión, es el profesor Silvio Longhi, que acaba de publicar una obra interesantísima, plena de ideas sugestivas (2).

Admiro el libro de Beling, no sólo en aquello que con él coincido, sino en este asunto tan fundamental, en que discrepo, porque, por encima de las notables diferencias doctrinales, se impone su maestría de jurista.

18

Festgabe für Emil Zürcher, zu seinem siebzigsten Geburtstage (11. Juin 1920). Dargebracht von Freunden und Schülern. (Homenaje a Emilio Zürcher, por el septuagésimo aniversario de su nacimiento (11 de junio de 1920). Ofrecido por amigos y discípulos.) Berna, Verlag von Stämpfli un Cie, 1920. Un volumen en 4.°, de 195 páginas.

Este libro, de justo homenaje a Emilio Zürcher —cuya personalidad científica delinié en la primera parte del presente estudio (1)—, lleva al frente de sus páginas una fotografía de Zürcher, en que el festejado muestra su sonrisa bondadosa. Colaboran en la ofrenda sus colegas de Facultad Hafter, von Cleric y Pfenninger; los fiscales de Zürich Enrique Zeller —muerto antes de que su trabajo viera la luz— y Emilio Zürcher, hijo; los profesores de Ginebra y de Berna Alfredo Gautier y Ernesto Delaquis; otro profesor de Zürich, Enrique Sieveking, y el yerno de Zürcher, el doctor en Filosofía Ernesto Hoffmann, de Berlín.

El primero de los trabajos es de *Alfredo Gautier* —escrito con gracejo inimitable— y versa SOBRE LA IMPUNIDAD DE LOS ACTOS PREPARATORIOS (*Sur l'impunité des actes preparatoires,* páginas 1-20). El autor relata, para comenzar, el siguiente hecho, de fecha próxima: Unos malhechores se pusieron de acuerdo para despojar a un comerciante en vinos de unos cuantos billetes que llevaba para hacer unas compras, y prepararon todo con

(1) *Per un codice della prevenzione criminale,* Milan, "Unitas", 1922. Vid. adelante, recensión 22.

(2) Vid. atrás, págs. 86-87.

Digitized by Google

minuciosas precauciones. Antes de que pudieran dar el golpe fueron detenidos, encontrándoseles un frasco de pimienta, otro de cloroformo y un sólido cuchillo, sobre cuyo destino no hubo dudas, ya que los interesados confesaron que pensaban desvalijar a su víctima por los "procedimientos modernos", arrojándole pimienta a los ojos, anestesiándole con el cloroformo y utilizando, en último término, el cuchillo. De este caso deduce Gautier la necesidad de llevar a las leyes un precepto sobre los actos preparatorios, y, con especial referencia al Proyecto suizo, propone dos caminos. Uno, ensanchar los preceptos que tratan del grado del delito, penando, a más de la tentativa, "al que, por actos, hubiera manifestado la intención de cometer un delito, siempre que estos actos hubieran causado una perturbación o que demuestren que su autor es peligroso. La pena del delito será atenuada". En esta vía hay ya un ejemplo legislativo: el Código de Dinamarca (art. 45), aunque su texto es muy imperfecto. La gran dificultad que surge es la de que muchas veces no se sabrá a qué delito se refieren los actos preparatorios, y, por tanto, no habrá medio de hallar la pena que les corresponde. El otro camino consiste en penar como delito *sui generis* el hecho de hacer preparativos criminales. El tropiezo queda así orillado; pero tampoco esta ruta está sin obstáculos. ¿Dónde clasificar esta infracción inédita? ¿Cómo fijar sus elementos? Gautier se limita a mostrar las dos vías, afirmando la necesidad de no dejar impunes cierta clase de actos que revelan la temibilidad de su autor.

Ernesto Hafter trata de la AMNISTÍA (*Amnistie*, págs. 21-41) en un magistral estudio. "Las amnistías son sabiduría política o debilidad política —dice en la primera línea de su trabajo—. Nunca, desde que el mundo existe, han sido usadas las amnistías en tan gigantescas proporciones como desde el término de la gran guerra." (Pág. 21.) El autor examina las doctrinas suiza, alemana y francesa, y parece inclinarse a la concepción romana, en materia de amnistía, por la que se da al olvido una cierta esfera de delitos. Según la concepción suiza, es la amnistía la renuncia al derecho de persecución criminal o de ejecución penal contra varias personas no individualmente determinadas.

El trabajo de *Ernesto Delaquis* versa sobre EL SUMARIO EN

Digitized by Google

EL PROCEDIMIENTO PENAL ALEMÁN (*Die Voruntersuchung im deutschen Strafverfahren*, págs. 42-61), y es un estudio histórico-dogmático-crítico, de interés para los procesalistas.

El *hijo del festejado*, que lleva su mismo nombre y apellido, ha escrito unas sagaces OBSERVACIONES SOBRE LA INSTITUCIÓN DE LA CONDENA CONDICIONAL (*Bemerkungen zum Institut der bedingten Verurteilung*, págs. 62-72). Zürcher, partiendo de la idea de que la condena condicional es un medio de la administración de justicia, lanza esta pregunta: "¿Qué función debe tener ésta?" (Pág. 62.) El autor afirma que "el camino que poco a poco debe tomar el Derecho penal parece que será el de que la *expiación se procurará, no como hasta ahora, sin selección y sobre la base de una reglamentación general, sino excepcionalmente*, como el médico prescribe una medicina, no coactivamente a todos, sin selección, sino sólo a determinados pacientes" (página 65). Las tesis de Zürcher tienden "a alejar cada vez más la muralla entre el Derecho penal y el Derecho administrativo" (pág. 71).

Enrique Sieveking publica un precioso estudio sobre EL AMIGO DE LOS POBRES DE HAMBURGO, GASPAR VON VOGHT, EN SU EFICACIA INTERNACIONAL (*Der Hamburger Armenfreund Caspar von Voght in seiner internationalen Wirksamkeit*, páginas 73-108). "No parece impropio —dice el autor— que para honrar a un hombre que se ha consagrado a la reforma de la pena y de la vagancia, sobre la base moderna de la democracia, se recuerde a otro que, en circunstancias enteramente distintas, se dedicó a una tarea social semejante." (Pág. 75.)

El escrito de *Enrique Zeller* versa SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO (*Über die Bezichungen zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht*, páginas 109-127). Este trabajo es "una contribución a la doctrina de la coacción jurídica". Zeller cree que hay una unitaria ordenación coactiva del Derecho, y que toda coacción represiva es de naturaleza igual, ya se ejerza como consecuencia de un fallo judicial o como resultado de una decisión administrativa.

Uno de los trabajos más completos e interesantes es el de *G. F. von Cleric*, en el que se aborda un tema de Derecho penal internacional: EL LLAMADO DERECHO PENAL POR REPRESEN-

Digitized by Google

TACIÓN (*Das sogenannte stellvertretende Strafrecht*, págs. 128-162). He aquí la definición dada por el autor: "Existe Derecho penal por representación cuando un Estado, que no es el titular del *jus puniendi*, exige responsabilidad criminal al autor en nombre de otro Estado que se lo pide, y al que pertenece en el acto el *jus puniendi*, por existir en concreto un obstáculo para la extradición" (pág. 135). Con este ejemplo se aclara mejor la idea: Un suizo comete en Francia un delito y se refugia en su patria; Suiza no le entrega —en virtud del principio de no conceder la extradición de los propios súbditos—; pero le castiga en lugar de Francia.

H. F. Pfenninger trata de LA POSICIÓN SISTEMÁTICA DE LA DEFENSA EN EL MODERNO PROCEDIMIENTO CRIMINAL (*Die grundsätzliche Stellung der Verteidigung in modernen Strafverfharen*, págs. 163-190). El autor dedica este estudio a Zürcher, porque "como hombre, como abogado, como juez, como crítico y como político" consagró su vida a la "defensa de los débiles y oprimidos" (pág. 163).

La obra termina con el trabajo sugestivo de *Ernesto Hoffmann* sobre la TEORÍA DE CICERÓN DE LA MEDICINA ANIMI (*Zu Ciceros Lehrstück von der medicina animi*, págs. 191-195).

Tal es el homenaje ofrecido al jubilado Profesor de Zürich. Esta manera de mostrar la admiración es la más adecuada para festejar a un hombre que pasó la vida entre los libros, y está provista de una elegancia de que carecen todos los demás homenajes. En España no se concebía este íntimo y laborioso testimonio de aprecio que el *Festgabe* supone; pero cuando se ha mostrado la ocasión de rendir tributo admirativo a un verdadero sabio, como Cajal, la idea de publicar un obra con trabajos de amigos y discípulos ha surgido inmediatamente.

Digitized by Google

19

ALFREDO POZZOLINI: *Istituzioni di Diritto penale italiano.* Volume Primo: *Prenozioni e generalità. Le norme generali del Diritto penale.* Florencia, G. Barbèra, Editore, 1921. Un volumen en 8.°, de XXXVI y 353 páginas.

El Profesor de la Universidad de Pisa (1) ha concretado en estas *Instituciones* el fruto de una larga experiencia, adquirida en veinte años de enseñanza. Es su obra un tratado elemental, pero elaborado tan meditadamente, que se exponen en pocas páginas ideas considerables, por su número y profundidad.

Este primer volumen contiene una primera parte destinada a las *nociones preliminares* y a las *generalidades,* y una segunda en que se exponen las *normas generales del Derecho penal.* La sistemática lograda por el autor es perfecta. En la PRIMERA PARTE se tratan los *conceptos fundamentales y los criterios de método* (el Derecho penal como producto social, las dos concepciones típicas y la fase actual y los límites de este Derecho) (páginas 1-16), así como *la elaboración legislativa y el Derecho positivo italiano* (las modernas leyes penales, la unificación legislativa penal en Italia y el Derecho penal especial y complementario) (págs. 16-37). En la SEGUNDA PARTE se desarrollan los problemas referentes a *la ley penal* (págs. 39-76), al *delito* (concepto, forma jurídica y materialidad) (págs. 76-107), a la *pena* (conceptos generales y sistema de las penas en la ley italiana) (páginas 107-187) y a la *responsabilidad* (conceptos generales, elemento subjetivo en los delitos, circunstancias eliminatorias y modificativas de la responsabilidad, concurso de delitos, reincidencia y participación de varios delincuentes) (págs. 188-345). El volumen segundo se consagrará al estudio de la parte especial, a *le incriminazioni,* como dice Pozzolini (pág. VIII).

Trataré de fijar ahora la significación científica del autor en los más importantes problemas penales. Pozzolini no es un positivista, aunque simpatice en contados puntos con esa tendencia,

(1) Vid. atrás, pág. 102.

Digitized by Google

pero sólo en cuanto a las consecuencias y resultados prácticos. Siempre trata respetuosamente a sus defensores y hace una detallada exposición del Decreto de Mortara, que nombró la Comisión que ha elaborado el Proyecto de 1921 (págs. 31-34).

En el trascendental asunto del fundamento del derecho de penar se anticipa a decir "que toda discusión a este respecto es vana; *el delito y la pena son dos hechos positivos, eternos, como la sociedad*" (pág. 6). Reconoce que el fin que la sociedad se propone al ejercitar el derecho punitivo es el de *defenderse;* pero esto es desde el punto de vista sociológico (pág. 7). Cuando aborda *jurídicamente* el tema, acepta la fórmula de Carrara, que halla dicho fundamento en la *tutela del Derecho,* entendida, no como norma eterna y absoluta, sino como hecho histórico, variable en el tiempo y en el espacio (págs. 7-8 y 194).

Pozzolini parece situarse del lado de la *escuela jurídica* o *positivismo crítico.* Por cierto que comete aquí un error que debo destacar. Entre los secuaces de esta tendencia cita, junto a Liszt, a Carlos Binding, representantes de direcciones encontradas, y menciona también a nuestro Dorado (pág. 11), cuya significación, muy típica, se aviene mal a encuadramientos en masa. Por lo demás, es siempre de agradecer, por un penalista español, el recuerdo del maestro de Salamanca, cuyo nombre aparece en varias páginas de este libro. El autor, consecuente con su pensamiento, proclama la autonomía del Derecho penal y afirma que de él "no puede absolutamente prescindirse" (página 12).

En lo concerniente a la pena, Pozzolini, sin querer revivir el concepto clásico de castigo, rechaza que pueda ser mirada como nu medio de defensa social contra seres peligrosos: "La pena —dice— tiene su carácter particular que la distingue de toda otra medida de prevención: el de representar la reacción social, no contra *personas* nocivas, sino contra acciones nocivas." (Páginas 114-15.) ¡Lástima que el sagaz autor de estas *Instituciones* mantenga tan a fondo los criterios tradicionales. Sin embargo, Pozzolini admite junto a la pena la medida de seguridad, que "no es una sanción, sino un procedimiento preventivo frente a una persona peligrosa, en sí misma, por sus precedentes o por sus actitudes, o a causa de un delito cometido por el que no ha

Digitized by Google

sido declarado legalmente responsable..." (págs. 117-118). Con criterio más moderno y más recto, trata el asunto de la sentencia indeterminada, que acepta incluso para las penas. "Las penas restrictivas de la libertad personal —dice— no deben ser determinadas *a priori* en cuanto a la duración: podrán serlo tal vez en un límite máximo, y esto en homenaje al criterio de limitación del arbitrio del juez, que puede ser fuente de injusticias y de abusos. La eficacia del tratamiento penal sobre el condenado deberá ser periódicamente revisada por un consejo penitenciario, compuesto de magistrados y funcionarios especialmente versados en la materia y de representantes del ministerio público y del condenado." (Pág. 116.) Esta fina visión del mecanismo penal compensa, a mi juicio, todos los otros viejos criterios, de los que Pozzolini no ha sabido desprenderse.

En el asunto de la responsabilidad sustenta el autor una tesis francamente ecléctica, ya catalogada: la teoría de la "voluntariedad", por ser, en su sentir, la que con "mayor precisión" expresa "el concepto de la acción criminosa, efecto de la autónoma personalidad humana desenvolviéndose en condiciones relativamente normales" (pág. 199).

El mismo Pozzolini ha resumido en la *Prefazione* su posición intermedia, que se refleja en todos los problemas en que pone su docta mano. "Quiero intentar —dice— la construcción de un sistema de normas que, trayendo su razón de ser de la necesidad de una organización de la defensa social más consciente de los propios fines y de los propios medios, se armonice con las corrientes de las ideas dominantes." (Pág. VII.)

El autor, a pesar de escribir una obra elemental, no ha descuidado los problemas teoréticos, que desenvuelve junto a los prácticos y positivos. Además, al frente del libro da una extensísima Bibliografía —no exenta, por desgracia, de frecuentes erratas— perfectamente clasificada, según el plan de su Manual, en la que menciona algunos trabajos españoles. En las obras tan compendiadas como ésta, el aparato bibliográfico es de absoluta necesidad. Registrémoslo como un acierto más de Pozzolini.

Digitized by Google

20

MANFREDO PINTO: *Sistema di Diritto penale italiano. Parte generale.* Milán, Società editrice libraria, 1922. Un volumen en 8.°, de XXI y 280 páginas.

Esta obra es, como la anterior, un compendio hábil de Derecho penal, aunque este *Sistema* sea inferior a las *Istituzioni* de Pozzolini. La necesidad de estos dos libros no era muy grande en un país como Italia, que cuenta con dos publicaciones excelentes de poco volumen, pero de gran densidad: las *Istituzioni di Diritto penale,* de Impallomeni, y los admirables *Principii* de Alimena, tan conocidos y apreciados en España, donde han sido traducidos por Eugenio Cuello (1).

El mismo Manfredo Pinto (2) se da cuenta de este hecho, y se apresura a darnos los motivos que ha tenido para imprimir su obra: "Aparte la nueva ordenación sistemática adoptada por nosotros, las publicaciones anteriores tienen una impronta polémica; en ésta, por el contrario, se aprovecha lo que se ha venido hasta ahora acumulando —y, por vía de afirmaciones justificadas, sin rellenos o infiltraciones exóticas, se acomoda la materia, reduciéndola también, en sus dependencias con las otras disciplinas jurídicas, a principios libertados, por así decirlo, de la maraña de las variadas opiniones—, en que se reflejan los criterios científicos, que son sustrato de toda aplicación práctica y segura norma para la resolución de las diversas cuestiones." (Pág. VII.)

Este primer volumen contiene la parte general; es decir, "los principios informadores y las normas comunes reguladoras de la materia punitiva". Todo el contenido de este tomo se divide en tres partes, sin más subdivisiones en títulos o capítulos: *Derecho penal y ley penal* (págs. 38 y sigs.), *Infracción y reo* (págs. 108 y sigs.) y *Pena* (págs. 208 y sigs.). Pre-

(1) En la primera parte de este trabajo mío, que trata de la *Ojeada general desde 1915 a 1922,* han sido citados estos dos magistrales estudios.

(2) Vid. atrás, pág. 102.

Digitized by Google

cede a estas tres partes una *Introducción* (págs. 1 y sigs.), en que se hace una síntesis histórica del desenvolvimiento del Derecho penal en la Edad Moderna, se ponen de manifiesto los criterios que distinguen la ciencia jurídico-penal de las restantes ciencias, y se da cuenta, con observaciones críticas, del reciente Proyecto italiano de 1921.

El autor no es un positivista, pero adopta, en muchos problemas una posición ecléctica que se apróxima a la de Impallomeni. Según Pinto, carece de sentido establecer una antítesis entre dos escuelas, "creando poco felices denominaciones: *escuela clásica* y *escuela positiva*, cuando no se trata más que de la evolución de la ciencia del Derecho penal" (pág. 15).

Aunque en materia de imputabilidad y responsabilidad sustenta el autor los criterios tradicionales (págs. 108-109), reconoce, con Impallomeni, que nadie es capaz de negar ya el influjo que ejercen sobre la delincuencia el clima, la raza, las estaciones y los días. "¿A qué observador, por superficial que sea, podrá ocultársele, por ejemplo, que los delitos contra la propiedad, en los meses fríos, sobrepujan a los delitos contra las personas —y éstos a aquéllos en los meses cálidos—, y que en un día festivo el obrero, cobrado el salario, alza el codo y se abandona más fácilmente a la delincuencia? Tampoco se podrá negar que un aumento o incentivo de la criminalidad venga de la degeneración, de perturbaciones morales, de las condiciones económicas y de toda otra fuerza del ambiente social, que a menudo obra sin que lo advirtamos." (Págs. 19-20.)

Al estudiar el Proyecto de Código penal italiano de 1921, adopta Pinto un tono de crítico, raro en el libro, que pretende ser meramente expositivo. Las mayores censuras las dispara contra el último título del Proyecto, que va destinado a las *sanciones*, empezando por parecerle mal el nombre adoptado, pues "un Código que se intitula *penal* no puede ser más que un Código de penas" (pág. 27). El autor ignora que el nombre no hace a la cosa. ¿Qué pensaríamos de un médico que, volviendo al viejo concepto, negara que el *histerismo* puede ser padecido por los hombres, porque una enfermedad, que así se nombra, sólo puede aquejar a las hembras? Manejando la ironía escribe, criticando la supuesta benignidad de las sanciones im-

Digitized by Google

puestas por el Proyecto, que las "casas de trabajo, colonias agrícolas, libertad vigilada y el resucitado destierro, se revelan como un sistema variado de ameno reposo en el campo (*villeggiature*) por tiempo indeterminado, en un país de sol y de clima dulce como Italia" (pág. 29). Niega también que existan allí "jueces técnicos y un cargo especializado del ministerio público", absolutamente precisos para la aplicación de las sanciones proyectadas; y no cree que la reforma esté *sentida* por la conciencia nacional (pág. 30). La injusta censura termina con esta palabras: "Refiriendo a este proyecto preliminar el informe que le acompaña, en el que se reflejan y se mantienen las bien conocidas publicaciones del genial innovador, se puede constatar que su pensamiento no ha encontrado, ni podía encontrar, la completa expresión en la precisión real de una codificación." (Pág. 34.) (1)

En esta obra de Pinto es de criticar la falta de cuidado en las citas, que se hacen en el texto con la sola mención del nombre del autor, sin indicar casi nunca, al pie de página, la obra en que se contiene la doctrina aludida. No pasan de la docena las citas hechas correctamente. Además es deplorable la ausencia absoluta de Bibliografía, que en las *Istituzioni* de Pozzolini ha sido objeto, en cambio, de cuidadosa solicitud. Tengo la firme creencia de que las obras de la índole de ésta son utilísimas para los estudiantes e incluso para los profesionales, pero a condición de que se acompañe, cada una de las materias, de una abundante y escogida literatura sobre el tema elementalmente tratado.

Sin este requisito, la obra se reduce a un libro más, que, cuando ha sido leído, como yo lo he hecho, a raíz de terminado el de Pozzoloni, parece innecesario.

---

(1) En mi libro *Estudio crítico del Proyecto de Código penal italiano de 1921*, Madrid, 1922, págs. 141 y sigts., se hallará una serena apreciación de la reforma ferriana, indicando los puntos en que los innovadores han claudicado.

Digitized by Google

21

DOMENICO CIGNA: *Positivismo e Diritto. Sintesi di riforma penale.* Palermo, Trimarchi Editore, 1921. Un volumen en 8.°, de VIII y 269 páginas.

Domingo Cigna continúa en este libro la exposición de sus doctrinas personales, que presenta antes en su obra *Le circostanze del reato nella dottrina, nella legge, nella storia* (1). El nuevo estudio no es "una nueva edición del otro" —el autor se apresura a negarlo—; pero sí el producto "de una larga y ansiosa meditación sobre el mismo tema" (pág. 1), si hemos de dar crédito a las frases del propio Cigna. Tampoco es una refundición aumentada del anterior trabajo, ya que, por el contrario, su volumen es el mismo, si no más reducido (2).

Esta obra, lejos de ser informativa, tiene un propósito expositivo de una teoría personal —"un compuesto de doctrinas y de propuestas que debo decir mías exclusivamente", afirma el mismo autor (pág. 213)—, teoría que trata Cigna de imponer a fuerza de libros y artículos.

Hay en todos los escritos de este autor, que se dice positivista y que mantiene el criterio tradicional de la imputabilidad (pág. 223), una idea obsesiva, casi un verdadero delirio sistematizado: que la peligrosidad criminal no es otra cosa que una "circunstancia del delito". He aquí uno de los múltiples párrafos en que el autor concreta su tesis: "La doctrina que yo propugno..., armoniza felizmente los dos términos delito y delincuente y anuncia el principio de la ciencia —por el cual la escuela positiva se hace finalmente jurídica— de que la peligrosidad, atendida también en su acepción negativa, no constituye más que una circunstancia del delito." (Pág. 213.)

El autor inserta una carta muy curiosa, dirigida por él a Ludovico Mortara —el ministro que nombró el 19 de septiem-

(1) Vid. más atrás, pág. 103.

(2) Cierto que el libro publicado en 1916 tiene tan sólo 164 páginas, y éste 269; pero el formato del primero es mucho mayor y la letra más pequeña.

Digitized by Google

bre de 1919 la Comisión para la reforma de las leyes penales—, en que se queja de que su pensamiento no ha estado representado en esa Comisión redactora del Proyecto (págs. 212-220), y ya que no tuvo medio de expresar allí sus ideas, presenta, en este libro, unos cuantos artículos tal y como debieran ser elaborados, según sus doctrinas. Estos artículos versan sobre las *penas,* la *imputabilidad y las causas que la excluyen, las circunstancias del delito,* y los *delitos contra la propiedad.* (págs. 221-232). Por referirse a su tesis constante, voy a transcribir las disposiciones proyectadas por Cigna en orden a la peligrosidad:

"Art. *. La peligrosidad criminal es una circunstancia agravante. Esta puede ser de primero, segundo o tercer grado.

"Art. *. Cuando no se encuentre en el delito esa peligrosidad y concurran, por el contrario, a favor del imputado circunstancias de atenuación, la pena puede ser disminuída hasta la mitad del mínimo establecido para el delito simple." (Págs. 226-227.)

La obra termina con las críticas —recogidas por el autor— que Ferri, Luchini, Córdova, De Marsico y Massari han dirigido a los artículos propuestos por Cigna, de las que son claramente adversas las de los dos primeros, coincidentes en la repulsa desde sus opuestos campos científicos (págs. 233 y sigs.).

El libro que acabo de analizar no está exento de algunas ideas originales y de ciertas observaciones agudas, pero su tesis central es pueril. Sólo dos palabras —transcritas por el autor (página 234)— destina Ferri a rechazarla: "El esquema de reforma del Código penal es completamente inadecuado. Considerar la peligrosidad del delincuente como una circunstancia del delito, es concepto inadmisible..." La crítica es breve, pero certera.

Digitized by Google

22

SILVIO LONGHI: *Per un codice della prevenzione criminale*. Milán, Società editrice "Unitas", 1922. Un volumen en 4.°, de 462 páginas.

He hablado de Silvio Longhi en la primera parte de este estudio (1) y allí destaqué su posición científica, muy respetada por los positivistas. Buena prueba de ello es la *recensione*, imparcial y laudatoria, que dedica Arturo Santoro en *La Scuola positiva* (2) a este libro que aquí reseño. El sistema de Longhi encuentra en el positivismo su punto de partida y sus presupuestos teóricos necesarios; pero en la formulación de su doctrina procede por cuenta propia —como dice Santoro— y con directivas no siempre conformes al espíritu y a la substancia de la tendencia positivista.

CRISIS DEL AUMENTO DEL DERECHO PENAL, titula Longhi la *Introducción* (págs. 7-16) de su obra, en donde pone de manifiesto la insuficiencia de las normas represivas, en las que sólo se fijaron los escritores de materias penales, olvidando los trazos preventivos que se hallan en las obras maestras de Beccaria, Romagnosi y Carmignani (págs. 9-10). Longhi afirma que la prevención ha de actuarse con medios propios, mediante medidas de seguridad, pero no como actividad de policía, sino en la esfera del Derecho penal, que acrecienta sus dominios, y al lado del derecho de represión, pues el Derecho preventivo no puede

(1) Vid. atrás, pág. 101.

(2) Vid. año II de la nueva serie (1922), págs. 273-280. En esta *recensione* dice de Longhi que es una "mente orgánica, profunda y reconstructiva de jurista". Santoro, en nombre de la escuela positiva, rechaza el esquema legislativo del autor; pero afirma que "a Longhi no se le puede negar el mérito grande de haber meditado sobre las líneas pragmáticas de una reforma...", y que su obra es "digna de atención y de examen". Tras de exponer el sistema de Longhi, "con toda la deferencia y admiración que sentimos por un autor tan reputado", pasa Santoro a las observaciones críticas, y afirma, con razón, que "es evidentemente un sistema dualista y ecléctico", rechazándole, como yo lo hago en esta crítica, porque "el dualismo no tiene una base sólida, ya que no existe conceptualmente, ni es prácticamente deseable una distinción neta entre represión y prevención".

Digitized by Google

existir más que junto a aquél, y lo que debemos hacer —según el autor—, en vez de estorbar esa "crisis de aumento del Derecho penal", es favorecerla (pág. 14).

Silvio Longhi observa que ese fenómeno de acrecentamiento se ve ya bien claro en las legislaciones positivas, y, para demostrarlo, consagra un *primer capítulo,* nutrido de datos, a estudiar LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO COMPARADO MODERNO (págs. 17-45).

El *capítulo segundo* lleva un título expresivo por sí solo: LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO MATERIA DE DERECHO PENAL (págs. 47-50), y en sus breves páginas se insiste, aclarándola, en la idea rectora de todo el libro: que la prevención ha de ejercerse en la esfera de nuestro Derecho. "Las medidas de seguridad —dice el autor— son medios coercitivos para la defensa contra la delincuencia; pertenecen, pues, a la materia del Derecho penal, es decir, al conjunto de normas que, con la pena o con los medios coordinados a ella, miran a la defensa social del delito. Constituyen un capítulo del Derecho penal: "el derecho de seguridad." (Pág. 50.)

La idea se continúa en el *capítulo tercero,* LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES (págs. 51-60). Esas medidas, que pertenecen al Derecho penal, se actúan jurisdiccionalmente. El autor fija, ante todo, lo que entiende por "jurisdicción en general", que es "aplicación de una norma de *ley al caso concreto,* por *obra de tercero,* reputado *extraño a las partes contendientes,* y actuada mediante *decisión* que tiene la fuerza de *cosa juzgada*" (pág. 56). El carácter propio de la *jurisdicción penal* "es el de prestar garantía al Derecho en sus conflictos con los *derechos individuales*" (págs. 56-57). "En este mismo sentido se efectúa ahora la *jurisdiccionalización de los procedimientos preventivos inmediatos* contra la delincuencia." (Pág. 57.)

El autor llega a la realización práctica de sus ideas en el *capítulo cuarto,* que se destina a LA REFORMA DE LAS LEYES PENALES Y AL MÉTODO (págs. 61-65). "El examen comparado de las leyes de prevención criminal —escribe Longhi— demuestra —más elocuentemente que cualquier razonamiento— que la hora de la integración de la defensa contra la delincuencia con "nor-

Digitized by Google

mas de prevención criminal jurisdiccionalmente actuadas" ha sonado al fin, y que toda dificultad teórica, referente a ella, debe estimarse completamente superada. No queda más que la cuestión del *método.*" (Pág. 61.) La legislación comparada ofrece un doble ejemplo: la "reforma fragmentaria", en la que se van resolviendo los problemas mediante leyes aisladas (sistema inglés), y la "reforma sistemática unitaria", según la cual los problemas de la defensa represiva y preventiva se enfrontan en bloque, colocando al lado de las penas las medidas de seguriridad, en el mismo Código (Proyectos suizo, alemán, austriaco, serbio, sueco, etc.). El autor cree preferible un tercer sistema, que participa del uno y del otro y que designa con la fórmula de "método de la prevención criminal codificada". Este sistema "participa de la primera manera ("reforma fragmentaria y autónoma"), porque se trata de resolver el problema de la defensa preventiva con leyes preventivas distintas de las represivas; y participa de la segunda manera ("reforma unitaria"), porque todas las leyes preventivas se reúnen en un todo orgánico, formando así una ley única de prevención criminal" (página 62), que podría asumir la denominación de "Código de la prevención criminal" o "Código de la seguridad criminal" o, también el título de "Código de la defensa social" (pág. 64).

El *capítulo quinto* se consagra a formulaciones legislativas y se da en él un ESQUEMA DE UN CÓDIGO DE LA PREVENCIÓN CRIMINAL (págs. 67-108). El título I lleva esta rúbrica: *Derecho de seguridad;* y contiene tres capítulos que se titulan, respectivamente: *Medidas de seguridad criminal* (arts. 1-7), *Aplicación de las medidas de seguridad* (arts. 8-16) y *Cesación de las medidas de prevención criminal* (arts. 17-20).

El art. 1.° establece que "*son medidas de seguridad*: 1. La asignación a un manicomio criminal para delincuentes locos y peligrosos. 2. La asignación a una casa de templanza para delincuentes alcoholizados o dedicados a embriaguez habitual. 3. La asignación a un establecimiento de relegación para delincuentes habituales o instintivos. 4. La asignación a una casa de trabajo para delincuentes ociosos y vagabundos o dedicados a la mendicidad. 5. La asignación a un reformatorio o a una casa de educación e instrucción para menores descarriados" pág. 67).

Digitized by Google

El art. 2.° determina, como "*medidas complementarias de seguridad criminal*: 1. La educación tutelar, mediante entrega del menor a los padres o a institutos de educación privada, o a familias honradas consideradas idóneas para este cargo. 2. La prohibición a los condenados por embriaguez habitual de frecuentar tabernas y establecimientos públicos para la venta de vino y bebidas alcohólicas. 3. La libertad vigilada, concedida a título de experimento, a los delincuentes licenciados de un instituto de seguridad criminal o a los que podrían ser recluídos en él. 4. La expulsión del Reino de los delincuentes extranjeros peligrosos. 5. Los patronatos para los libertos de las cárceles y de los institutos de prevención criminal" (pág. 68).

En los arts. 3.° a 7.° se *reglamentan las medidas asegurativas* enumeradas en el art. 1.° (págs. 68-70); y en los arts. 8.° a 12 se trata de los *delincuentes locos, alcoholizados e instintivos* y de los *ociosos, vagabundos y mendigos habituales,* así como de los *menores de edad* (págs. 70-72).

El art. 13 —interesantísimo— se titula *Síntomas de la peligrosidad criminal,* y dice así: "Para determinar la peligrosidad criminal a los fines de la aplicación de la medida de seguridad, el juez no ha de considerar solamente el hecho con ocasión del cual se promueve la acción de prevención criminal, sino que ha de estimar también los antecedentes personales del acusado y cualquier elemento material o psíquico apto para determinar la personalidad del agente, los motivos de la acción y, sobre todo, las circunstancias que agravan o califican los hechos previstos como delito por la ley penal. También pueden ser síntomas de peligrosidad los hechos que no eran considerados como delito por la ley penal en el momento en que fueron cometidos, y aquellos otros en los que recayó sentencia firme de no haber lugar a proceder o de absolución. El hecho que no constituye delito por inidoneidad del medio o inexistencia del objeto, o bien por no aceptación del mandato, puede ser suficiente elemento para promover la acción de prevención criminal y para la aplicación de las medidas de seguridad." (Pág. 73.)

El título II se destina al *Procedimiento de seguridad* y se divide en tres capítulos, que van desde el art. 21 al 51 (páginas 76-85).

Digitized by Google

Esos dos títulos son los que constituyen, verdaderamente, lo que Longhi llama "Código de la prevención criminal"; "pero —según dice el autor— la prevención no se explica solamente con normas de exclusivo carácter preventivo" (pág. 64). Por eso ha creído Longhi integrar la obra añadiendo a los dos primeros títulos, otros tres de *disposiciones complementarias,* enteramente propias del sistema represivo. El tercer título, según esto, trata de *disposiciones complementarias de Derecho penal* y reparte la materia en tres capítulos (arts. 51-70) (págs. 86-92); el título cuarto se destina a *disposiciones complementarias de procedimiento criminal,* y consta también de tres capítulos (artículos 71-92 (págs. 93-99); y el quinto enfronta las *disposiciones complementarias especiales,* es decir, referentes a ciertos delitos en particular y se divide en siete capítulos (arts. 93-121) (págs. 100-108).

Longhi no da escuetamente las fórmulas legislativas de su Código de seguridad, sino que razona, con buen criterio lógico, las disposiciones proyectadas, en el *capítulo sexto* de su obra, que se titula MOTIVOS DEL ESQUEMA (págs. 109-188).

El *último capítulo* se consagra a una REVISIÓN DOGMÁTICA (págs. 189-200). El autor afirma como finalidad del Derecho penal la *defensa de la sociedad,* pero para lograrla se precisa emplear una doble vía: penas y medidas asegurativas. "Unidad de fin y duplicidad de medios." Por tanto, el Derecho penal "se puede definir en el nuevo sistema como un conjunto de normas garantidas por sanciones represivas o preventivas, jurisdiccionalmente aplicadas" (pág. 191). En esta construcción de Longhi "la responsabilidad no puede ser, en estricto rigor, más que subjetiva y psíquica; pero, para integrarla, se admite un deber de garantía. Esta clase de *garantía,* necesariamente *objetiva,* que el ciudadano debe prestar *contra el peligro criminal* por él originado, independientemente de una responsabilidad subjetiva por dolo o por culpa, permite sustituir las medidas de seguridad a las penas, y permite conmensurar los procedimientos preventivos, no ya al hecho sobrevenido, sino al peligro criminal afirmado o al *riesgo criminal,* según se diría si con el concepto se transportase aquí también la expresión, ya en uso en el campo del Derecho privado" (pág. 194). Así cada medio

Digitized by Google

tiene su esfera propia y la defensa social se cumple "mediante las *penas*, por una parte, para la *prevención indirecta o represiva* contra los *normales*, y mediante las *medidas de seguridad*, por otra, para la *prevención directa* contra los delincuentes *peligrosos*" (pág. 195).

Un voluminoso APÉNDICE termina la obra (págs. 203-455). En él se transcribe, en primer lugar, la LEGISLACIÓN COMPARADA, a que se aludió en el capítulo primero del libro. Al final de ella se ocupa largamente de la *reforma de las leyes penales en Italia*, estudiando, con detenimiento y alabanza, el Proyecto de 1921 (págs. 385-402), con el que estima el autor "perfectamente lograda" "la tentativa de dar carácter jurídico a la doctrina de la escuela positiva" (pág. 391). Silvio Longhi defiende al Proyecto ferriano de los ataques que se le han dirigido, en particular contra las imputaciones de escasa novedad y defectos formales (págs. 391-392), y contra las supuestas dificultades de aplicación en el orden técnico y financiero (págs. 392-393). La discrepancia de Longhi surge en cuanto al método, que, según él, no debió ser unitario (págs. 393-394); y en esa unidad del Proyecto de 1921 cree ver el autor las causas de ciertos defectos y renuncias, "porque sólo en el más limitado terreno de la prevención exclusiva puede afirmarse la reforma positivista, en su verdadera esencia y en sus corolarios..." (páginas 394-396).

Las dos últimas partes del "apéndice" están constituídas por una copiosa BIBLIOGRAFÍA, agotadora en cuanto a los estudios italianos (págs. 403-417), y por unos HECHOS Y COMENTARIOS (páginas 419-455) altamente curiosos.

La idea central de este libro —comentado en Italia con singular aprecio (1)— se asemeja, en sus principios básicos, a la tesis de Conti, a que antes aludí, y más aún a la postura de Birkmeyer, también recordada en estas páginas. Pero, sobre todo, guarda estrechísimo parentesco con la doctrina manteni-

---

(1) Vid. A. CORDOVA, *Per un Codice della prevenzione criminale*, en *L'Ora*, de 26 de mayo de 1922; A. PAGANO, *La codificazione della prevenzione criminale*, en *Idea Nazionale*, de 30 de junio de 1922; recensión de la *Rivista Penale*, 1923, vol. XCVII, págs. 397-398; A. LEVI, en *Voce*, 1923, núm. 19; N. Coco, en *Jus*, 1923.

Digitized by Google

da por Ernesto Beling; la semejanza llega a la identidad de pensamiento en lo tocante a la propuesta de un *Código de seguridad,* formulado legislativamente por el autor alemán y por el autor italiano en este mismo año de 1922 (1). La coincidencia existe en cuanto al título con que habría de designarse este Código y en lo que respecta a su contenido de medidas aseguratívas. Y vaya, para acallar las suspicacias de quienes lean estas observaciones, una declaración sincera: me consta que ninguno de los dos escritores ha plagiado al otro, por el sencillo motivo de que desconocen, respectivamente, sus trabajos recíprocos.

Yo no formo entre los que mantienen este criterio, que parece colonizar las tierras penales en la actualidad, y por eso mi caluroso elogio del libro de Longhi, lejos de sonar a interesada alabanza, aparece como acto de justicia.

23

ADELMO BORETTINI: *Tutela giuridica e difesa sociale.* Milán, Società editrice libraria, 1922. Un volumen en 4.°, de VIII y 173 páginas.

Esta obra, perfectamente trabajada y plena del más alto interés, investiga a fondo las dos fórmulas de *tutela jurídica* y *defensa social,* en las que se compendian actualmente los conflictos de las doctrinas penales (pág. VII). El autor estudia "los orígenes, el contenido, las distinciones y las diferencias entre las dos teorías", pero estima fuera de los límites de su tarea decidir cual de las dos tiene, hasta ahora, más predicamento (pág. 23).

El libro consta de cuatro capítulos. Trata el primero de *los principios racionales del Derecho de penar* (págs. 1-26), y en él se fijan las dos fórmulas sobre las que gira este estudio. Ocúpase el segundo en la *teoría de la tutela jurídica* (págs. 27-64), agotando la materia; la doctrina de Carrara, donde culmina esta tesis, es analizada por Borettini de manera insuperable.

El capítulo tercero versa sobre la *teoría de la defensa so-*

(1) Vid. atrás, la recensión, número 17.

Digitized by Google

cial (págs. 65-106). El autor investiga primero los remotos orígenes de esta doctrina y señala que las primeras manifestaciones del pensamiento moderno pueden encontrarse en Bentham, Feuerbach y Romagnosi (pág. 66). La teoría del último, que Borettini había investigado antes en un libro profundo (1), es objeto de un estudio acabadísimo. Y en verdad que lo merece Domingo Romagnosi, a quien Garofalo llama el *padre de la Sociología criminal*. Este precursor italiano de las modernas tendencias afirmaba explícitamente que el Derecho penal no es más que el derecho de defensa modificado por las circunstancias sociales, o sea una especie de derecho genérico de defensa, y orientaba hacia el futuro su fórmula de ver en la pena una *controspinta* a la *spinta criminosa* del delincuente (págs. 69-77). Luego pasa el autor a exponer la teoría positivista (págs. 78 y sigs.), que considera como una "reacción en la ciencia penal contra el individualismo, fruto de la Filosofía del siglo XVIII" (páginas 79 y 85), hasta el punto de que la defensa social, al decir de su más moderno propugnador, deberá tener su más perfecta actuación en la sociedad socialista (pág. VII). Borettini estima como "una de las más fecundas conclusiones de la sociología criminal", la de que "el derecho de penar no es más que una *función clínica de preservación social* del morbo delictivo, independiente de toda condición de libertad moral o de moral culpabilidad en el individuo delincuente" (pág. 87).

El cuarto y último capítulo trata de *la crítica de las teorías* (págs. 107-166) y es el más interesante de todos. El autor habla primero de "la crítica de los positivistas a los conceptos de delito y de pena" (págs. 107-119); luego expone "la crítica de la escuela jurídica a la nueva dirección" (págs. 119-144), y se ocupa, finalmente, en "la dirección contemporánea de la escuela jurídica" (págs. 144-166). Tratando de este último punto dice que "la escuela jurídica ha tenido dos fases: una primera con tendencia principalmente especulativa, a la que pertenecen Carmignani, Carrara, y que puede llamarse clásica, y una segunda moderna, con tendencia técnico-jurídica, a la que pertenecen, entre otros, Pessina, Brusa, Impallomeni, Stoppato, Carnevale, Luchini, Civoli, Manzini, Rocco y otros muchos jóve-

(1) Vid. atrás, pág. 103.

Digitized by Google

nes juristas de valor" (pág. 144). Borettini supone, sin "desconocer los méritos de la escuela positiva", que "hoy poco o nada queda" de ella, sobre todo del lombrosismo; las doctrinas de Ferri tienen más consistencia, hasta el punto de que dice, con frases de Cecchi, que, "para ser exactos no se debería llamar teoría y "escuela lombrosiana", ni "positiva", sino *teoría ferriana*" (pág. 147). El autor pierde su imparcialidad en este punto, y supone que han abandonado ya los postulados del positivismo penal, escritores que siguen fieles a él (pág. 147). Mas en la moderna escuela jurídica se mantiene el concepto de defensa social, cuya reelaboración "se encuentra hoy en muchos escritores y particularmente en los más recientes trabajos de Impallomeni, de Vaccaro, de Alimena, de Longhi y de Manzini..." (pág. 155). El autor, que declara exceder de los límites que se ha impuesto el análisis de todas las infinitas gradaciones y variaciones de esta tendencia (pág. 158), resume así la dirección jurídica que parece tener sus simpatías: "El nuevo positivismo jurídico retiene, con la escuela positiva propiamente dicha, que el fundamento del derecho de penar consiste en la necesidad de la defensa social; que la responsabilidad penal no se puede inspirar ya en el concepto del libre albedrío o de la voluntariedad; que para defenderse del delito es menester estudiar más el delincuente que el delito y que la pena es escasamente eficaz contra la actividad delictiva; que a la delincuencia se puede proveer mejor con otros medios que con la pena; que existen delincuentes incorregibles, caracterizados por peculiares estigmas fisio-psíquicos. Pero el nuevo positivismo afirma también que la defensa social se desenvuelve como tutela jurídica; que la conciencia del libre albedrío existe y que no se puede abandonar absolutamente; que no es lícito sustituír la valoración del delito por el examen directo del delincuente; que el Derecho penal tiene un puesto autónomo; que son bastante inciertos, por el momento, muchos de los resultados sobre la índole y la naturaleza del delito y del delincuente; que la pena tiene también una función propia y corresponde a un sentimiento general..." (Pág. 159.)

En numerosos pasajes de la obra expresa el autor su parecer de que, en el fondo, no son muchas las discrepancias que

Digitized by Google

separan a los secuaces de ambas tendencias: la tutela jurídica y la defensa social; y que más bien la aspereza de la polémica y las vivas discusiones mantenidas se deben a la vanidad y a las rivalidades de los propugnadores de una y otra teoría (páginas 24-25, 153, etc.). Ya lo había dicho Dorado Montero (1), a quien Borettini cita, con reverencia que le agradecemos como españoles, y también lo afirma von Liszt, que dedica un apartado de su famoso *Lehrbuch* a probar que se halla suavizada en el presente la oposición entre las opuestas direcciones (2); y, finalmente, lo dice también Maggiore (3). Un libro entero, profundo y denso, ha dedicado Silvio Longhi al intento de conciliación entre las escuelas clásica y positiva (4).

En las páginas finales de la obra expone Borettini su tesis: "El concepto de defensa social —dice— llevaría fácilmente a exageraciones penales: en él no está implícita la idea de proporción. El científico debe tratar de crear una teoría que sea buena, lógica siempre. Las dos doctrinas, en conclusión, se identifican, porque una defensa social bien entendida se dirige a la conservación del Derecho. Se debe escoger como fundamento del derecho de penar la *necesidad de la conservación del Derecho*. El Derecho presupone la sociedad, pero no es la sociedad misma: por esto no es cierto que quien dice Derecho dice Sociedad." (Pág. 160.) Concluye el libro afirmando que "más bien que de conciliación o de unificación de la ciencia, nos parece más exacto hablar de unidad del proceso histórico del Derecho criminal" (págs. 164 y sigs.).

La teoría mantenida por el Autor no pretende ser original, ni ambiciosamente importante; pero la obra es, en cambio, del más alto valor, porque su principal objeto es informativo y porque Borettini posee un fino espíritu crítico. Además conoce el alemán y cita con frecuencia doctrinas germánicas, exponien-

---

(1) *Sobre la pugna de escuelas penales en Italia*, en *Revista de Tribunales*, vol, XXXV (1910), págs. 777-781, 793-796.

(2) *Tratado de Derecho penal*, vol. II, traducido por mí, Madrid, Reus, 1916, págs. 31-35.

(3) *L'unità delle scuole di Diritto penale*, Palermo, 1918.

(4) *Repressione e prevenzione nel Diritto penale attuale*, Milán, Società editrice libraria, 1911.

Digitized by Google

do, con especial esmero, las de von Liszt, Binding y Birkmeyer. Felizmente los italianos no secundan la actitud post-bélica de exclusión, adoptada, en términos repugnantes, por los escritores franceses y alemanes. Hay que añadir también, como otra excelencia del trabajo reseñado, la imparcialidad —rara vez quebrantada— con que el autor expone los problemas y las doctrinas.

24

J. A. ROUX: *Cours de Droit Pénal et de Procedure Pénale.* París, Sirey, 1920. Un volumen en 4.°, de VIII y 811 páginas.

Este libro del profesor de la Universidad de Estrasburgo (1) está —según declara su autor— destinado a los estudiantes, y tiene el solo fin de "facilitarles la preparación de sus exámenes". Roux confiesa que hay otros muchos Manuales estimables que persiguen igual objetivo; pero él pretende llegar, por parecerle así útil, "a una cosa más simple, más elemental", presentada "con un método un poco diferente del que se sigue de ordinario". Para lograrlo el autor suprime todo lo relativo al Derecho comparado, a la Legislación extranjera y a las leyes en formación. En este punto exhibe Roux unas ideas que me parecen francamente reprobables en un Profesor: para él es preciso asentar los primeros conocimientos "sobre un dogmatismo, tan firme y tan preciso como sea posible... Y es olvidar las condiciones esenciales de la enseñanza y perjudicar la formación intelectual de los estudiantes, darles por comparaciones, legislativas, generalmente y forzosamente superficiales, y un conocimiento prematuro de las discusiones científicas sin conclusión, esta impresión funesta, que en Derecho todo puede ser contradicho, y que no hay una verdad cierta..." (págs. V y VI). No, *monsieur le professeur,* en el siglo en que existimos no puede hablar así un catedrático de Universidad. Ante tales frases se busca instintivamente la fecha del libro, creyendo ver en vez del año 1920, el de un siglo anterior.

(1) Sobre la personalidad científica de Roux, vid., atrás, pág. 114.

Digitized by Google

Otra novedad, más estimable, aporta este Manual: la de dar una gran importancia al desenvolvimiento histórico de cada una de las instituciones y a la jurisprudencia francesa.

La obra trata, como indica su título, de *Derecho penal* y de *Procedimiento penal*, dedicando una mitad del libro a cada una de estas disciplinas. Pero se limita al estudio de la Parte general.

Lo mejor es el plan, la sistemática adoptada para exponer los conocimientos y las instituciones jurídico-penales. Va al frente una INTRODUCCIÓN, donde se examina *el problema de la criminalidad* y *la solución represiva* (págs. 1 y sigs.); la PRIMERA PARTE se ocupa en LA LEY PENAL (págs. 17 y sigs.); la SEGUNDA estudia la INFRACCIÓN, en sus *nociones generales*, en sus *elementos simples* y en sus *modalidades complejas* (págs. 61 y siguientes); la TERCERA PARTE expone el ESTUDIO DEL DELINCUENTE, analizando el *sujeto posible de la infracción*, las *condiciones fundamentales de la responsabilidad*, la *culpabilidad*, los *hechos que suprimen la responsabilidad penal* y los que la *atenúan y agravan*, el *concurso de delitos*, la *pluralidad de participantes* y la *causalidad* (págs. 98 y sigs.); la PARTE CUARTA se destina a la PENA, desenvolviéndose los problemas referentes a su *teoría*, a sus *clases*, a su *ejecución* y a los *medios de prevenir, paralizar o hacer cesar los efectos de las penas* (páginas 286 y sigs.).

Ahora, si perseguimos el pensamiento del autor a través de las páginas de su obra, para filiar sus ideas y fijar su posición, veremos que se muestra, en numerosos pasajes de su libro, enemigo de la escuela positivista italiana, a la que juzga "impotente para edificar una nueva construcción sólida" (pág. 290), cometiendo la inexactitud de decir que "ve en los criminales, enfermos" (pág. 12). Enrique Ferri dice que la id identificar a los delincuentes con los locos jamás h entre las inducciones de la antropología criminal (1 ia de Roux es un arma mohosa que se ha esgrim , numerosísimas veces, contra los positivistas *ita* lo es, A pesar de todo, el au moral en general, semejante a

(1) *Sociologia cri* 222-223.

Digitized by Google

o fisiológicamente, del hombre honrado..." (pág. 2), y que debe abrituírse "la criminalidad a la acción combinada de la naturaleza física o moral del individuo y de las condiciones económicas y sociales que actúan sobre la voluntad individual... El delito tiene, pues, *factores biológicos* y *factores sociales* (pág. 3). Sin embargo, Roux sólo les permite la categoría de influencias, ya que únicamente son "consejeros de la voluntad" (pág. 4).

El autor se declara partidario de la teoría de la *defensa* (página 9); pero no como "una simple reacción de la fuerza social", sino como "una *acción organizada,* regularizada, que tenga en cuenta a la vez la necesidad de protegerse de la sociedad y los derechos del individuo, que son respetables incluso en los malhechores" (pág. 10). Roux, aunque apoyándose en los principios de la ley francesa vigente, estima como requisitos imprescindibles para hacer a un hombre responsable las condiciones de *inteligencia* y *libertad* (págs. 103-105). No cree, pues, en el determinismo ni en la teoría de la responsabilidad social. Para él la pena es un *sufrimiento* (págs. 11 y 286), que tiene como único fin la *intimidación* (pág. 291), y cuyo carácter no puede ser indeterminado en ningún aspecto, por lo que rechaza la teoría de las *sentencias indeterminadas* —que califica de "consecuencia inquietante" de los postulados del positivismo (página 290)— por miedo a la arbitrariedad de los juzgadores (página 295).

A más del defecto de desaforado individualismo, hijo del viejo criterio francés, que campea en toda la obra y que señalé antes (1), podría ponerse otro reparo a este Manual. Al frente de cada materia da la pertinente Bibliografía, cosa imprescindible en una obra elemental; pero es lamentable que únicamente mencione páginas de Tratados generales, y sólo por excepción alguna monografía. La utilidad de estas notas bibliográficas radica en proveer de literatura a los que deseen especializar un tema y esto no se consigue con tan exiguos y vulgares datos. Las obras alemanas están totalmente ausentes, incluso en aquellos asuntos que han tratado tan sólo los alemanes, como el de la causalidad (pág. 280). El autor es un *buen francés,*

(1) Vid. atrás, pág. 114.

Digitized by Google

que mantiene las hostilidades con sus armas propias. Y, sin embargo..., ¡Roux me perdone!, me ha parecido ver en esta obra huellas de la técnica alemana, que el autor conoce, por ser de los tratadistas franceses que manejan el alemán, como lo prueban sus notas y críticas en la *Revue Pénitentiaire* de los años anteriores a la guerra. Esa atinada exposición del *estado de necesidad* —y hasta el término que emplea— (págs. 139-143), esa frase de *arrepentimiento activo* (pág. 177) (que si no se ha tomado directamente de los alemanes lo ha sido de los escritores italianos), esa terminología de *medidas de seguridad* para exponer incluso *penas* del Código francés (págs. 350 y siguientes) y hasta la manera de dar la Bibliografía al frente de cada tema, en el texto y no por nota, ¿no tienen un marcado sabor germánico?

En suma, el libro de Roux, resulta un contenido *muy siglo XIX*, vaciado en moldes modernos.

25

J. A. ROUX: *La défense contre le crime. Répression et prevention.* París, Félix Alcan, 1922. Un volumen en 4.°, de IX y 282 páginas.

He aquí otro libro de Roux. El título nos trae el recuerdo de otra obra intitulada igual: el magnífico trabajo de Silvio Longhi, *Repressione e prevenzione nel Diritto penale attuale* (Milán, Società editrice libraria, 1911). Entre los dos estudios media considerable diferencia: más profundo y trascendente el del Profesor italiano, que desea conciliar las escuelas clásica y positiva; más superficial y ligero —en la buena y en la mala acepción de esta palabra— el del Profesor de Estrasburgo. Y es de notar que si bien los dos volúmenes tratan muchos puntos comunes, Roux no conoce —al menos no le cita— el estimable libro de Longhi.

El *primer capítulo* de la obra que ahora reseño pone de manifiesto EL MALESTAR ACTUAL, producido por el aumento de la delincuencia (págs. 1-47). Ese malestar se siente, ante todo, por los criminalistas, que han perdido la confianza en la pena

Digitized by Google

desde que se ha estudiado el delito en el plano fisio-psicológico (págs. 2 y sigs.); luego se extiende a la esfera oficial, que revela, en los *Rapports* que acompañan a las Estadísticas, una notable inquietud (págs. 9 y sigs.), y penetra en las masas populares. El crecimiento de la criminalidad es evidente, si bien se transforma marchando de la violencia al fraude (pág. 32). Esto ya lo había dicho Nieforo (1) mejor que Roux, pero el Profesor de Estrasburgo no se digna citarle. Ultimamente la guerra mundial ha producido un nuevo aumento en los delitos, sobre todo en lo que respecta a la delincuencia juvenil. El autor señala este hecho (págs. 4-47), que ya antes habían puesto de relieve, en Alemania e Inglaterra, Hellwig (2) y Kenny (3).

El *capítulo segundo* se consagra a LA BATALLA DE DOCTRINAS (págs. 48-94). El asunto de este capítulo, y hasta los epígrafes que da en el índice a las partes de que se compone —*crítica de la escuela clásica, exposición de la escuela positivista, crítica de la escuela positivista*—, recuerdan el admirable trabajo de Borettini que antes he analizado (4); pero el recuerdo se borra cuando se penetra en el contenido, y es mejor renunciar a las comparaciones, en bien de Roux. Tras de sumaria revista a los postulados de la escuela positiva, entra en la crítica, por demás superficial. El autor ataca la *tesis determinista* (págs. 70-74); pero en repetidos pasajes de la obra se ve precisado a reconocer que "el delito no es producto de la sola voluntad humana; hay causas múltiples, de las que unas son de orden económico o social y otras de orden individual" (pág. 153); "que todo hombre sufre la influencia de su naturaleza, y que es tributario de la educación que ha recibido y del medio en que vive" (pág. 168). Todos estos equilibrios eclécticos le son necesarios a Roux para apoyar la tesis central de su obra: la necesidad de instituír un sistema preventivo, porque si no existie-

---

(1) *La transformación del delito en la sociedad moderna*, traducción española de C. Bernaldo de Quirós, Madrid, Suárez, 1902, págs. 5 y sigts.

(2) *Der Kriegund die Kriminalität der Jugendlichen*, Halle, Verlag der Buchhandlung des Weisenhauses, 1916.

(3) *Esquisse du Droit criminel anglais* (que luego analizo en la nota bibliográfica, núm. 29), págs. 658-659.

(4) Vid. recensión, núm. 23.

Digitized by Google

ran factores del delito, ¿cómo actuar la prevención? Mas no adelantemos ideas. El autor censura también el concepto de *defensa social* de los positivistas, y sostiene el mismo punto de vista que mantuvo en su *Cours de Droit pénal* (1) (páginas 74 y sigs.). Los ataques se extreman contra el sistema de *sentencias indeterminadas* (págs. 76-80) (2), que el autor supone creado por los positivistas italianos (pág. 68). ¿No recuerda Roux que fué defendido por la escuela correccional y a su frente por Carlos Röder?... Pero olvidamos que Röder era *boche* y que por pertenecer a una de esas "deux nations de proie" —como designa el Profesor de Estrasburgo a Alemania y Austria (pág. 16)— es como si no hubiera existido para un *buen francés*. En fin, Roux duda mucho que "la escuela positivista haya realizado, por lo menos, una protección más eficaz de la paz pública" (pág. 80). El autor concluye afirmando que el *malestar producido por el aumento del delito* es independiente del combate de escuelas, pues la mayor parte de las doctrinas positivistas *realizables* se han incorporado ya a las leyes, sin disminuír la criminalidad (págs. 93-94). Sin embargo, pocas páginas después dice Roux que el principio de "que la lucha debe ser dirigida contra el delincuente y no contra el crimen, permanece prácticamente ignorado" (pág. 108); y como en ese principio es donde reside la esencia de la teoría positiva, resulta, por propia confesión del autor, que no han fracasado las doctrinas del positivismo en la lucha contra el aumento de la delincuencia, sencillamente porque aún no han sido aplicadas.

Trata el *capítulo tercero*, de LA MAGISTRATURA Y EL SISTEMA DE REPRESIÓN (págs. 95-139), recordando Roux que se ha acusado a los magistrados de falta de energía y de no tener la aptitud necesaria para ejercer la justicia represiva (págs. 96 y sigs.); pero aunque esto sea cierto y derive lo segundo de que se hallan juntas, sin deber estarlo, las funciones civil y penal (pág. 101), no se encuentra en ello la causa de la progresión de la delincuencia (págs. 102-113). El mal radica en el

(1) Vid. la recensión anterior.

(2) Este problema había sido antes abordado por Roux, *Les sentences indeterminées et l'idée de justice*, en *Revue Pénitentiaire*, 1905, pág. 366.

Digitized by Google

sistema represivo y, sobre todo, en la pena de prisión, que arranca al hombre de su oficio, que a la salida de la cárcel le crea obstáculos para encontrar trabajo y que hace prácticamente irrealizable la individualización de la pena (págs. 113-133); y, a pesar de todo, la prisión es necesaria, impuesta por los tiempos actuales, y de ella no es posible prescindir (págs. 134-139). Roux insiste en todo el *capítulo cuarto,* dedicado a LA PRISIÓN Y AL PRESIDIARIO (págs. 140-162), en estas ideas, tratando de demostrar que esta pena carece de efecto intimidante.

Con el *capítulo quinto,* denominado PREVENCIÓN Y REPRESIÓN (págs. 163-204), llega el autor al punto culminante de su libro, que alcanza su mayor interés en el capítulo siguiente. Nada se obtendrá, dice, con introducir correcciones en las teorías penales, en la magistratura o en la penalidad (que es donde reside el mal más agudo), y aunque no se trata de hacer tabla rasa de lo que existe, y no hay para qué suprimir la represión penal, lo necesario es organizar otro método, un sistema preventivo, para salir al paso de la delincuencia triunfante (páginas 163-165). Es preciso luchar contra los factores de la criminalidad antes de que surja el delito, cosa que ya estableció Ferri con sus sustitutivos penales, cuyo honor reconoce Roux a la escuela positiva (págs. 180 y 185), a pesar de que antes dijo —como ya he transcrito— que no había realizado una "protección eficaz de la paz pública". El autor da cuenta de lo que ya se ha hecho en Francia en el camino preventivo, mediante la asistencia a los menores, la lucha contra la pornografía y la reglamentación de la profesión de comadrona, como medio para combatir el aborto (págs. 182-193), y termina el capítulo con un estudio sobre las *medidas de seguridad* (páginas 194 y sigs.), de las que dice que se ha hablado mucho "en el extranjero". En Alemania, ¿no? El autor dispara aquí sus más acres censuras, y no debe ser ajeno a su enemiga el que sea Alemania el país donde se han tratado más ampliamente y de modo más certero. Claro es que transige —un poco a la fuerza— con el manicomio para los locos y semilocos delincuentes, con la casa para bebedores que han delinquido, con los asilos para los vagabundos autores de delitos; pero rechaza de plano el internado de reincidentes por una duración sin límite

Digitized by Google

fijo, porque eso sería hacer una concesión a la sentencia indeterminada (págs. 119 y sigs.) (1).

En EL MÉTODO PREVENTIVO se ocupa el *capítulo sexto y último* (págs 205-271). El autor comienza por delimitar la idea, dejando a un lado lo que no supone sistema preventivo; es decir, aquellos procedimientos que, como las medidas de seguridad, sólo obran "después de la agresión de los delincuentes" (págs. 206). Advierte Roux que esta actuación preventiva no puede consistir en procedimientos coercitivos sobre personas que aún no han delinquido; sólo se admiten, por excepción, para los menores retrasados, los locos y los mendigos (páginas 209-221). Para el autor, como para la escuela francesa, no es admisible el estado peligroso antes del crimen (2). Esta lucha preventiva (que no es *Política criminal,* como dice Roux erróneamente, pág. 224) requiere el reconocimiento de la teoría de los factores, que la escuela positiva señaló (pág. 226) —¡cómo que sin ello no podría el autor edificar su doctrina!— y, tras de este momento sincero, eleva la conclusión siguiente: "La lucha contra la criminalidad debe ir precedida de un estudio de las fuentes de la criminalidad, de su enumeración y de su importancia" (págs. 228-229); pero no de la delincuencia en general, sino del "estudio minucioso y profundo de las fuentes propias de cada criminalidad particular" (pág. 229). El método preventivo tiene un doble camino: o "elevar la moralidad individual" o suprimir "las facilidades criminales existentes" (pág. 224).

Un ejemplo —el de la *delincuencia juvenil*— le permite al autor "mostrar la vía por la que podrían emprenderse las reformas futuras" (págs. 230 y sigs.). Roux escoge la criminalidad de los menores por ser la mejor estudiada, y se refiere, dentro de ella, a la que da un contingente mayor: la de los niños de los centros industriales. Pues bien, ésta se debe a las siguientes causas: falta de vigilancia de los padres, a causa del género de vida impuesto por el trabajo; el concubinato en que

---

(1) Igual repulsa se halla en su artículo sobre *L'avant-projet de Code pénal autrichen,* en *Revue Pénitentiaire,* 1910, págs. 620.

(2) Vid. mi *Estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo,* Madrid, Pueyo, 1922, págs. 56-57 y 58.

Digitized by Google

es frecuente que vivan los obreros; la exigua capacidad de las habitaciones de los trabajadores, que les hace vivir en una deplorable promiscuidad; la corrupción de la calle, donde se hallan los niños la mayor parte del tiempo; las malas condiciones de su vida material; la inmoralidad de los padres, y las taras hereditarias (págs. 232-243). Lo que es preciso hacer "es modificar las miserables condiciones de existencia que acaban de ser indicadas y reemplazarlas por otras que permitan al niño adquirir menos penosamente la aptitud para la vida normal" (página 243); es decir, atender a los hijos de los obreros cuando éstos se hallan en su trabajo; procurar mayor estabilidad a la vida de sus padres, dotándoles de cualidades burguesas y haciendo de ellos pequeños propietarios y labradores; multiplicar las casas baratas para impedir la promiscuidad aludida y evitar que el niño escape a la calle por falta de espacio y de luz; decretar la pérdida de la patria potestad de los padres inmorales, combatiendo el alcoholismo, que es la causa primera de la degeneración; sanear material y moralmente las calles e higienizar las ciudades industriales mediante grandes jardines (págs. 245-256).

El autor discurre luego sobre los medios de impedir las *facilidades criminales* (págs. 256-271). Y con ejemplos "destinados simplemente a esclarecer un método" (págs. 270-271), afirma que se pueden evitar muchos robos, suprimiendo las exposiciones de artículos en la vía pública; infinidad de abortos, aboliendo el secreto médico, en caso de prueba testifical; numerosas estafas, reglamentando y vigilando los anuncios de los periódicos, y gran cantidad de asesinatos y latrocinios en los trenes, transformando el material ferroviario.

En la *Conclusión* con que la obra termina lanza el autor su idea más recomendable: encomendar esa tarea preventiva a las actuales Sociedades de Patronato, que en lugar de atenerse a prevenir la reincidencia por una reforma problemática del condenado, deberían "tratar de prevenir la caída inicial, viniendo antes en socorro de las miserias morales" (pág. 278).

Al terminar este libro no hallamos, en verdad, nada nuevo, nada que no haya sido dicho más exactamente y con más minuciosidad por la escuela ferriana. Ciertamente que un Ferri no puede ser mejorado por un Roux.

Digitized by Google

La obra acabada de analizar, a más de las cualidades y defectos que, como herencia, le vienen de la personalidad de su autor —cuyas doctrinas penales estudiamos en la nota bibliográfica precedente y en la primera parte de este estudio (1)—, tiene las excelencias y las máculas de toda obra francesa: es superficial, pero bien escrita; vulgar, pero metódica y clara. Peca del exclusivismo chauvinista de no mencionar más que bibliografía francesa o traducida al francés. No pensemos en el hallazgo de literatura alemana; de la española, no hay para qué hablar. Las notas bibliográficas que acompañan a cada capítulo resultan así pobrísimas. Hemos censurado este *nacionalismo* de la labor de Roux al hablar de su *Cours de Droit pénal* (2); acaso allí pudiera excusarse por ser un libro destinado a los estudiantes; pero en este otro trabajo, de más intensas ambiciones, no puede hallar perdón.

26

EMIL GARÇON: *Le Droit Pénal. Origines. Évolution. État actuel.* París, Payot et C.ie, 1922. Un volumen en 8.°, de 160 páginas (3).

En el mismo año en que murió Emilio Garçon, Profesor de Derecho penal en la Universidad de París, cuya personalidad científica he procurado delinear en la primera parte del presente estudio (4), ha visto la luz este pequeño libro, publicado en la *Collection Payot,* en cuyas páginas —según dice la advertencia editorial— ha tratado de resumir el Autor sus propias doctrinas, dispersas en numerosos artículos de revistas, ponencias y discursos.

---

(1) Vid. atrás, pág. 114.

(2) Vid. la recensión anterior.

(3) Cuando redacté el *Sumario* que va al frente de este estudio no había llegado a mi conocimiento esta obra de Garçon. Por eso no figura en él. Al incluírle ahora quedan, pues, modificados los números de las recensiones siguientes, que ya no corresponden a los que se les asignó en el sumario.

(4) Vid. más atrás, págs. 112-113.

Digitized by Google

Este breve manual comprende una *Introducción* y *cinco capítulos,* al final de cada uno de los cuales figura una corta *Bibliografía* de los trabajos más conocidos, en lengua francesa y alemana.

En la primera página de la INTRODUCCIÓN (págs. 3-6) define el autor el delito, en su sentido general, como "un acto contra el que la sociedad reacciona por medio de una pena" y reconoce que tanto uno como otra son "fenómenos sociales sometidos a las leyes de la sociología..."

Tras de la breve introducción va el *capítulo I,* dedicado al DERECHO PENAL PRIMITIVO (págs. 7-28), para conocer el cual estima Garçon de valor inapreciable el estudio de los pueblos "que, no habiendo traspasado el estadio de la civilización primitiva, han conservado en toda su pureza las costumbres y los hábitos antiguos" (pág. 9). Tras de establecer el estado político-social de las tribus primitivas, afirma el autor que en ellas funcionó el sistema de la venganza privada y de las composiciones; pero éstas no son, propiamente hablando, instituciones de Derecho penal. La solidaridad existente entre los miembros de la tribu hacía que la ofensa inferida a uno se sintiera por todos, y la venganza no era individual, sino colectiva, de tribu a tribu (págs. 12 y sigs). Más que de una pena podría hablarse en estos casos de una verdadera guerra, según he hecho observar en uno de mis libros, en que cito esta opinión del profesor de París —expuesta en sus conferencias de cátedra—, junto a la tesis análoga mantenida por von Liszt, el profesor de Berlín (1). Son muy exactas las frases con que Garçon concluye sus razonamientos: "...la venganza y las composiciones no son, en su origen primitivo, más que una especie de Derecho internacional entre familias patriarcales, independientes y soberanas. Con error muchos historiadores han visto en ello un Derecho penal primitivo" (pág. 22). Pero esto no quiere decir que los delitos cometidos por un miembro de la tribu, contra otro que pertenecía a la misma, debiera quedar impune. El jefe de la tribu patriar-

(1) Vid. mi *Derecho penal* (obra ajustada al programa de oposiciones al Cuerpo de aspirantes a la Judicatura y al Ministerio fiscal), 2.ª edición, Madrid, Reus, 1920, pág. 6, nota.

Digitized by Google

cal, para llenar su misión, empleó necesariamente una serie de penas, entre las cuales probablemente la más usada debió ser la de carácter corporal (págs. 23 y 26).

Todo el *capítulo II* se consagra a Los orígenes del Derecho de penar del Estado (págs. 29-57), que empleó para acabar con las guerras entre las familias los siguientes medios característicos: la ley del Talión, que entonces fué un progreso, pues impuso medida a la venganza (págs. 38-40); el sistema de composición, que apaciguó las represalias (págs. 40-42); el destierro voluntario (págs. 42-43); los lugares de asilo (pág. 43); la responsabilidad personal, que sustituye a la colectiva (páginas 43-45); y el abandono noxal (págs. 45-47). Al mismo tiempo que el Estado terminaba de este modo con las guerras entre las familias, facilitando la composición, obligaba al culpable a entregarle una cierta suma, que entre los germanos se llamó *Fredum* (págs. 49-50). Otro de los procedimientos empleados por las costumbres primitivas para obligar al delincuente al pago de la composición fué la de excluírle de la ley de la paz, es decir, la *Friedlosigkeit* germana (págs. 49-50). Mas el Estado que limita así la venganza y regula las composiciones, acaba prohibiéndolas y establece un nuevo sistema represivo, penando el mismo los delitos con penas aflictivas, intimidantes y ejemplares (pág. 52), y cuando este desarrollo se completa, el Estado aparece en plena posesión del derecho de penar (página 56).

Del antiguo Derecho penal trata el *capítulo III* (páginas 58-80), en que el autor, después de haber mostrado en el capítulo precedente cómo el Estado toma posesión del derecho de penar, investiga de qué manera ha organizado la represión. El profesor de París, que no se propuso escribir una historia del Derecho penal universal, se limita a ilustrar los trazos más generales y característicos de las legislaciones antiguas que llegaron a su más alto grado de perfección: el derecho romano, de una parte (págs. 59 y sigs.), y el de la Europa de los siglos XVI, XVII y XVIII, de otra. Garçon expone luego el antiguo Derecho francés, "como un ejemplo particular del Derecho criminal de todos los pueblos llegados al mismo grado de cultura, y especialmente del Derecho de la Europa occidental en los siglos XVII

Digitized by Google

y XVIII (págs. 66 y sigs.). El capítulo termina con una espantosa narración —tomada de Muyard de Vouglans— del suplicio que se infligía a los regicidas (págs. 79-80).

En el DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO se ocupa el *capítulo IV* (págs. 81-129), que presenta una nueva fase de la historia de la represión. En la primera página de este capítulo afirma Garçon que el Código penal de 1811, aún en vigor, ha sido tan enmendado, reformado y completado por leyes más recientes, que puede decirse "que la legislación criminal francesa ha dejado de estar codificada. Tal como es hoy, con todos esos retoques sucesivos, se puede afirmar que no es inferior a ninguna otra, y que en ciertos puntos parece haber llegado a un más alto punto de perfeccionamiento" (pág. 81). Francamente, creo que monsieur Garçon es por demás optimista y *en exceso francés,* atreviéndose a decir que los modernos proyectos "que se discuten actualmente en Suiza como en China", tienen, como todas las legislaciones obedientes a las leyes de la imitación, un "antecesor común: nuestro viejo Código de 1811" pág. 82). El autor pone aquí de relieve las conquistas revolucionarias convenientes a la garantía penal de la legalidad de las penas, es decir, al principio *nullum crimen nulla poena sine lege;* y si bien es cierto que reconoce la necesidad de cierto arbitrio judicial, piensa que es preciso guardarse de exagerarlo demasiado (págs. 87-94). Garçon ha defendido siempre estos criterios del viejo liberalismo revolucionario, que le han llevado a repudiar todo aquello que se opusiera a las garantías individuales. A mi juicio, reside en esto la verdadera nota característica de los penalistas franceses. Por eso ve el autor con antipatía las sentencias indeterminadas (págs. 108-109), que ni aun cree aceptables en el sentido de medida asegurativa (pág. 113), y, enamorado de todo lo francés, alaba la transportación tal como la establece la ley de 1885, afirmando que "responde a todas las necesidades de las medidas eliminatorias" (pág. 114). Finalmente, tras de destacar Garçon los dos hechos principales que caracterizan el Derecho penal moderno, la sustitución del antiguo arbitrio por el principio de la legalidad, y la organización de un sistema racional de penas, se ocupa el autor en dos ejemplos probatorios del influjo de las teorías modernas: las leyes de la infan-

Digitized by Google

cia culpable y la distinción de los delitos políticos y de los de Derecho común (págs. 118 y sigs.).

El *quinto y último capítulo* se destina al estudio de LAS CUESTIONES ACTUALES (págs. 130-160). Una, la primera por referirse a los principios, es la del fundamento del derecho de penar, renovado por los filósofos positivistas que han asignado un fin utilitario al Derecho penal: la defensa de la sociedad, de la que dice Garçon "que no es nueva más que en apariencia", y que lo único hecho por los positivistas es "vestirla a la moda del día" (páginas 133-135). Estas ideas sólo fueron rozadas por los filósofos; pero la Escuela de la Antropología criminal "las aceptó y vulgarizó", según frase del autor. La escuela positivista penal es tratada por Garçon muy injustamente y con harto desconocimiento, estimándola como algo fenecido y pretérito, que "gozó en un tiempo de una verdadera popularidad" (págs. 135-137). Menos mal que reconoce que "este gran esfuerzo de los antropologistas no ha sido estéril" (pág. 137). El profesor de París da a los alienistas en este movimiento reformador un papel considerable, creyendo que "son ellos, en efecto, más bien que los filósofos y antropólogos, quienes han ejercido influencia sobre la práctica de la represión" (págs. 138 y sigs.).

Las últimas páginas de este quinto capítulo van consagradas al Proyecto de Código penal italiano de 1921, que Garçon llama "el manifiesto legislativo de la Escuela de Antropología criminal" (págs. 148 y sigs.), y que el autor estima "menos audaz que lo que a primera vista parece, y que él quiere sobre todo parecer", pues "la mayoría de sus innovaciones están ya realizadas en gran número de legislaciones y particularmente en nuestra legislación francesa" (pág. 350). Garçon piensa en pesimista frente al Proyecto italiano, y duda incluso que llegue a ser discutido en el Parlamento. Su principal pecado radica —según él— en haberse construído sobre el determinismo y en haber descartado la responsabilidad moral, porque "es un gran error creer que se suprimirá la creencia en la responsabilidad humana por decreto" (pág. 151). Y Garçon añade, erigiéndose en profeta: "...las reformas próximas se harán siguiendo otro camino. El Derecho criminal se mantendrá cada vez más en una prudente reserva sobre la cuestión del libre albedrío" (pág. 151). Lo

Digitized by Google

que sí concede el autor al final de su obra es que "la asistencia pública y privada" sustituirá en muchos casos a la represión (páginas 154 y siguientes).

Si ensayamos ahora un juicio de conjunto de este trabajo de Garçon, lo primero que debemos señalar es una fuerte hipertrofia histórica. En un libro de tan exiguo volumen los tres primeros capítulos y buena parte del cuarto, es decir, algo más de la mitad del total de páginas de la obra, va consagrado a la historia del Derecho punitivo, y muchas de ellas a problemas que salen fuera de su dominio, como las del primer capítulo, casi por entero consagrado a la organización político-social de las antiguas tribus, y las del capítulo segundo, en que se analiza, con poca profundidad, el origen de los Estados. En las 38 primeras páginas apenas pasarán de la media docena las que propiamente tratan de Derecho penal. Las otras treinta y tantas se pierden en digresiones político-sociales de carácter histórico, sustentando doctrinas que se hallaron en boga durante los años mozos de monsieur Garçon, y que hoy ruedan polvorientas en los viejos tratados de Derecho público. En este pequeño volumen, de 160 páginas, parece excesivo el valor que se ha dado a la historia de un Derecho que en la actualidad presenta tan nuevas sugestiones y tantas perspectivas hacia lo futuro. Sobra pretérito y falta porvenir.

Sería injusto escatimar una alabanza: la del estilo suelto y elegante que campea en todo el libro, escrito con propósitos de vulgarización.

27

PAUL FAUCONNET: *La Responsabilité. Étude de Sociologie.* París, Félix Alcan, 1920. Un volumen en 4.°, de XXVI y 393 páginas.

Un discípulo de Durkheim, Pablo Fauconnet, ha escrito una interesante obra, y trata y desenvuelve, en sociólogo, un problema que se halla en las fronteras de la Sociología y del Derecho penal: el de la *responsabilidad*. La obra, dedicada a su maestro, se terminó en 1914, hasta cuya fecha llega únicamente la docu-

Digitized by Google

mentación, salvo en uno o dos puntos excepcionales. No se publicó entonces a causa de la guerra de los cuatro años.

El autor combate el criterio de sustituír la responsabilidad clásica por las nuevas ideas del estado peligroso, y no deja de emplear argumentos ingeniosos, al amparo de supuestas contradicciones entre los secuaces de la moderna tendencia (págs. 182-188).

Desde la primera página de su atrayente libro aparece claro el pensamiento de Fauconnet. La idea central de su trabajo es ésta: *la responsabilidad es manifiestamente una cosa jurídica o moral.* "Cuando se trata de saber —escribe— si la responsabilidad es la libertad, o la "temibilidad", o la intimidabilidad, o alguna otra cosa, no es el estudio de los hechos psicológicos lo que podrá proporcionar la respuesta... Un análisis puramente psicológico jamás podrá conducir por sí mismo a la determinación de la idea de responsabilidad. Pues la responsabilidad es manifiestamente una cosa jurídica o moral. Si se supone que no hay ni Derecho ni Moral, jamás la psicología será llevada a hablar de responsabilidad, sino tan sólo de personas, de voluntades normales o enfermas. El problema de la responsabilidad es una cuestión de *justicia;* resolverle es elaborar una teoría de la Justicia, del Derecho, de la Moralidad" (nota 1 de la página primera, que termina en la siguiente).

Este libro, netamente francés por su composición, es, no obstante, de profundo pensamiento.

28

VESPASIEN V. PELLA: *Aperçu sur la crimnalité collective. L'esprit de corps et les problèmes de la responsabilité pénale.* París, Ernest Sagot et C.ie, 1920. Un folleto en 4.°, de 79 páginas.

Cualquiera que sea la nacionalidad de su autor, este trabajo debe ser referido a la Bibliografía francesa, ya que es francesa su información —por cierto bien exigua—, y ya que, según declara el mismo Pella, las páginas de este folleto contienen sus "investigaciones personales", hechas con motivo "de una conferencia de

Digitized by Google

agregación sobre este asunto en la Facultad de Derecho de París" (pág. 7).

De los dos fenómenos colectivos, con repercusiones penales, el de la psicología de las muchedumbres y el de la de las corporaciones, se ocupa el autor únicamente del segundo problema, aunque establece frecuentes paralelos entre la muchedumbre y la corporación (pág. 13).

Pella comienza su estudio fijando los *caracteres esenciales del espíritu corporativo* (pág. 15), ocupándose inmediatamente del asunto en su ASPECTO SOCIOLÓGICO (págs. 17-48). Lo primero que trata de hallar es el origen de ese fenómeno, que parece residir —según él— en la división del trabajo (pág. 19), describiendo a seguida sus principales manifestaciones y sus efectos de orden psicológico y político. El autor truena, a este propósito, contra los Sindicatos (págs. 41 y sigs.), afirmando que el Estado tiene derecho a defender la soberanía que éstos tratan de mermarle (págs. 45-48).

Dando por supuesto que el espíritu corporativo puede hallarse en oposición con el espíritu general de la sociedad y con los intereses del Estado, pasa Pella a estudiar el problema DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO (págs. 49-75). Primero investiga las medidas de orden preventivo que la sociedad ha de adoptar en evitación de los actos dañosos que pueden cometerse por influjo del espíritu corporativo, creyendo hallar la panacea en limitaciones del derecho de libre asociación (!) (págs. 52-53). Luego separa las asociaciones ilícitas y lícitas (págs. 54-60), y pasa al nudo del asunto, que radica en el caso de que un individuo cometa ciertas infracciones obedeciendo a la voluntad general de la corporación de que forma parte. Hay aquí un doble problema: la responsabilidad del agente material que ha ejecutado el acto y la de la asociación que lo ha sugerido u ordenado. En lo que concierne al primero, pide Pella, con dureza sin par, que se cumpla el primer carácter que la pena ha de tener, la *ejemplaridad;* siendo conveniente "infligir a los delincuentes penas que dejen huellas, que arrojen sobre ellos el deshonor y el oprobio, entregándoles, para siempre, al desprecio general" (!!) (pág. 65). Por lo que atañe al segundo aspecto, el autor defiende la responsabilidad penal de las personas sociales, que aunque no son más que seres

Digitized by Google

abstractos tienen, sin embargo, una voluntad propia capaz de delinquir. " Si un Sindicato —dice Pella— o cualquier asociación, después de una deliberación, encarga a uno de sus miembros que cometa ciertos hechos, y si estos hechos implican violación de la ley penal, ¿no hay ahí una manifestación evidente de la voluntad colectiva? Si, pues, la represión del autor se impone, se impone igualmente para las otras personas que han tomado una parte preponderante en el acto delictivo resultante de la voluntad colectiva, y debe alcanzar al agregado en sí con penalidades especiales. Este agregado es, en realidad, el principal responsable." (pág. 70). Pella concluye reforzando su teoría con los argumentos de von Liszt (págs. 70-71). El último punto que aborda este folleto es el de las penas que pueden imponerse a las corporaciones, que serían: la multa, las penas privativas de derechos, y las equivalentes de la muerte, como la disolución y la confiscación de su patrimonio social (págs. 74-75).

Salvo la tesis de hacer responsables criminalmente a las personas sociales, que es una idea que se va instalando en el espíritu del penalista moderno, he de rechazar todas las intempestivas teorías de Pella. No puedo suscribir ese criterio retrógrado de mermar el derecho de libre asociación, ni puedo ver tranquilo que se traten de resucitar las penas infamantes. El contenido de este folleto es, por tanto, deleznable.

Y no es mejor el aparato bibliográfico con que se nos presenta. Tan sólo menciona un trabajo pertinente, un artículo de Gabriel Tarde (pág. 34, nota 1); y cuando habla de la doctrina de Gierke le cita de segunda mano, tomándolo de un tal *Prince,* que por el título de la obra compréndese que es Adolfo Prins (página, 70, nota 1). No hay perdón para quien, tratando de estos problemas, cita así al creador de la *teoría de la personalidad y de la voluntad reales* de las asociaciones.

Pero aún hay más. Pella repite varias veces que se ha "escrito muy poco sobre esta materia", y que él trata "de penetrar en un dominio casi inexplorado hasta hoy" (págs. 7 y 13). No se sabe qué admirar más, si la ignorancia del autor o la tranquila presunción con que la conlleva. Menos mal que reconoce —sin mencionar las obras por ellos escritas— que "han abierto la perspectiva de este inmenso dominio messieurs Tarde, Sighele y Gus-

Digitized by Google

tave le Bon", en lo tocante a la psicología de las muchedumbres. Pero... ¿y tantos otros que trataron de la muchedumbre y de sus delitos, como Pugliese, Rossi, Puglia, Benedikt, Jelgersma, Raul de la Grasserie, etc.? El autor ignora concienzudamente su existencia.

Esa ignorancia se despliega más ampliamente en lo tocante a la responsabilidad penal de las corporaciones, objeto preponderante del trabajo de Pella. ¿Conque apenas se ha escrito sobre este punto? ¿Puede decirse, sin exponerse al estigma de incompetencia, que éste es un territorio inexplorado? Lea el autor los estudios franceses de Bouvier (1) y Mestre (2), los suizos de Hafter (3) y Zürcher (4), los italianos de Longhi (5) y Brusa (6), los alemanes de Lilienthal (7) y Esch (8), y el cubano de Agustín Martínez (9), etc., y se convencerá de que el terreno que él ha explorado tiene huellas de plantas más firmes y autorizadas que la suya.

Dije en la "Introducción" de este estudio que sólo mencionaría las obras recomendables. He analizado ésta porque, si bien por modo inverso, lo es en alto grado. Todos los autores de te-

---

(1) *De la résponsabilité civil et pénal des personnes morales*, París, 1887.

(2) *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 1889.

(3) *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbande*, Berlín, 1903.

(4) *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbande*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. XVI (1903), págs. 311 y sigts. Vid. también de Zürcher el recientísimo artículo *Massnahmen des Strafrichters gegenüber juristischen Personen und andern Personenverbänden*, publicado en la misma *Zeitschrift*, vol. XXXV (1922), págs. 18-25.

(5) *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, en *Rivista Penale*, vol. LXIV (1906), págs. 408 y sigts.

(6) *Sulla responsabilità delle persone morale*, Turín, 1906.

(7) *Die Strafbarkeit juristischer Personen*, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, parte general, vol. V, págs. 87 y sigts.

(8) *Die kriminalistische Deliktsfähigkeit der Körperschaften*, Diss. de Rostock, 1910.

(9) *La responsabilidad criminal en las personas jurídicas*, en *Horizontes* (Habana), abril 1918, págs. 16-19.

Digitized by Google

sis y de monografías deben leerlo para hallar el modelo de lo que no deben hacer. En este sentido Pella ha escrito un trabajo ejemplar.

29

COURTNEY STANHOPE KENNY: *Esquisse du Droit criminel anglais.* Traducido al francés de la novena edición inglesa por Adrien Paulian, con un Prefacio del profesor Emilio Garçon. París, Marcel Giard, libr. edit., 1921. Un volumen en 4.°, de XLII y 679 páginas.

La obra de Kenny —que mencioné ya en la parte primera del presente estudio (1)— se divide en cuatro libros, que tratan, respectivamente, de las "CONSIDERACIONES GENERALES", de la "DEFINICIÓN DE DELITOS DETERMINADOS", de las "PRUEBAS EN JUSTICIA" y del "PROCEDIMIENTO CRIMINAL".

El *capítulo primero* del PRIMER LIBRO se ocupa en los CARACTERES CONSTITUTIVOS DEL DELITO (págs. 1-32), comenzando Kenny por poner de manifiesto las dificultades que halla todo el que intenta averiguar qué es el delito, "problema muy delicado, si no insoluble" (pág. 3). El primer camino que se ofrece es el de buscar en la propia naturaleza del acto delictuoso un carácter distintivo particular, que pueda servir de base para la definición (pág. 4). El autor examina en seguida los intentos emprendidos en esta vía, rechazando la primera fórmula de Blackstone —"un acto cometido u omitido en violación de una ley pública, que le prohibe u ordena"— por estimar, muy justamente, que no hace más que alejar de momento la dificultad (pág. 4). Tampoco acepta el segundo concepto dado por Blackstone y seguido, en lo esencial, por Stephen, porque "decir de los delitos [como dicen esos autores] que son las infracciones a las que la ley considera como productoras de un perjuicio especial para la sociedad en general, no es dar una definición; es, todo lo más, hacer una descripción instructiva de estos actos" (pág. 10). La misma crítica dirige al sistema que califica tan sólo como delitos las infracciones que repugnan vivamente a nuestro sentido

(1) Vid., más atrás, pág. 121.

Digitized by Google

moral (págs. 10-12). El autor analiza luego los criterios que tratan de hallar en normas externas al delito, su característica más típica (págs. 12 y sigs.), estudiando particularmente la tesis que pretende encontrar la anhelada diferencia entre lo ilícito civil y lo ilícito penal, en las distintas particularidades de los dos procedimientos (págs. 14 y sigs.). La única diferencia verdadera y manifiesta radica en que en el procedimiento penal, a diferencia de lo que ocurre con el civil, "el Soberano puede intervenir en todo momento... En las causas penales las "sanciones", las penas, son siempre remisibles a voluntad de la Corona; por el contrario, jamás podrán ser remitidas por un particular" (pág. 18). En consecuencia, la fórmula de Kenny es la misma de Austin, modificada con una salvedad: "Los delitos son las infracciones cuyas sanciones presentan un carácter represivo y son remisibles por la Corona, siempre que estas sanciones puedan ser objeto de remisión" (pág. 19).

En el *capítulo segundo* estudia EL OBJETO DE LA REPRESIÓN (págs. 33-46), y en él fija primero los *caracteres* que debe reunir un acto para ser catalogado como delito (págs. 33-38); ocupándose después en el *fin de la pena,* que cree hallarlo en el principio preventivo, que se cumple de tres maneras: *a*) privando al delincuente, de un modo permanente o temporal, del poder de repetir el acto delictivo mediante el encarcelamiento o la muerte; *b*) intimidándole o corrigiéndole (por cierto que al tratar de la corrección dice que es el fin que pretenden lograr los americanos, sin acordarse para nada de Röder), y *c*) obrando sobre la mentalidad de los terceros, que se apartarán del delito por temor al castigo. Kenny declara que este último es el principal fin de la pena, que tiene también otros fines accesorios, como el de dar satisfacción a los instintos vengativos de la víctima y el de producir un alza de los sentimientos morales de la sociedad (página 38 y sigs.).

Terminados estos dos capítulos teoréticos, entra el autor en la exposición sistemática del Derecho positivo inglés. El *capítulo tercero,* sin embargo, presenta en sus comienzos algunas disquisiciones doctrinales al abordar el tema en que se ocupa: EL ELEMENTO MENTAL EN EL DELITO (págs. 47-62).

El *capítulo cuarto* estudia LAS CAUSAS QUE LIMITAN LA RES-

Digitized by Google

PONSABILIDAD O QUE LA HACEN DESAPARECER (págs. 63-100). Kenny las expone conforme a la siguiente sistemática: I. *Casos en que no hay voluntad*: 1.°, minoridad; 2.°, enajenación mental; 3.°, embriaguez, y 4.°, sociedades (puesto que niega la capacidad delictiva de las corporaciones). II. *Casos en que la voluntad no tiene por objeto el acto incriminado*: error. III. *Casos en que la voluntad es vencida por la violencia*: 1.°, "violencia civil de orden público" (que nosotros llamamos obediencia debida); 2.°, "violencia civil privada" (obediencia conyugal); 3.°, "violencia *per minas*" (o sea nuestra fuerza irresistible), y 4.°, necesidad. Advirtamos que el autor trata la legítima defensa al hablar del delito de homicidio (págs. 132 y sigs.).

En el *capítulo quinto* se desarrolla el problema de los DELITOS NO PERFECTOS (*inchoate*), y se exponen la *proposición*, la *conspiración* y la *tentativa* (págs. 101-105). En el *capítulo sexto* se trata DE LOS DIFERENTES AUTORES POSIBLES DE UN DELITO (páginas 106-115); y el *capítulo séptimo* se ocupa en la CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS, que, atendiendo a su importancia técnica, es como sigue: I. *Infracciones juzgadas por el Jurado*: 1.ª, traiciones; 2.ª, otras "felonías", y 3.ª, *misdemeanors*. II. *Pequeñas infracciones de que conoce el Juez de paz* (págs. 116-128).

El LIBRO SEGUNDO versa, como ya he dicho, sobre los delitos en particular, que se exponen, en sucesivos capítulos, por el orden siguiente: *homicidios que no implican culpabilidad* (páginas 129-141); *homicidios que constituyen felonía* (págs. 142-180); *otras infracciones contra las personas que no ocasionan la muerte* (págs. 181-204); *incendios y otros actos cometidos con malicia y que suponen ataque a los bienes* (págs. 205- 216); "*burglary*" (1) y "*housebreaking*" (2) (págs. 217-229); *robo* (págs. 230-290); *abuso de confianza* (*embezzlement*) (págs. 291-304); *estafa* (*false pretences*) *y receptación* (págs. 305-322); *falsedades* (*forgery*) (págs. 323-334); *infracciones contra la seguridad del Estado* (págs. 335-363); *conspiración* (págs. 364-371); *perjurio*

(1) No hay medio de traducir esta expresión, que Paulian deja en inglés. Este delito viene a ser algo así como un allanamiento nocturno, con fractura, del domicilio ajeno, con intención de cometer una "felonía".

(2) Este es otro término intraducible. Es el mismo *burglary* cuando se ejecuta durante el día.

Digitized by Google

(págs. 372-379); *bigamia* (págs. 380-387); "*libel*" (1) (págs. 388-396); *infracciones contra el Derecho internacional* (págs. 397-402), e *infracciones relativas al vagabundaje* (págs. 403-407).

En el LIBRO TERCERO, que trata de las *pruebas*, y en el CUARTO, que versa sobre el *procedimiento*, no he de ocuparme, puesto que estas notas no se refieren a esos asuntos.

Los dos capítulos últimos, que constituyen una especie de apéndice doctrinal, van consagrados a palpitantes cuestiones de principio. El *capítulo treinta y dos* se titula DE LOS PROBLEMAS QUE SURGEN DE LA REPRESIÓN (págs. 631-648), y en él comienza el autor poniendo de relieve la poca estabilidad de las teorías penales y la importancia que tiene para un inglés el arribo a principios definidos, pues la supresión de la mínima de las penas ha dejado a los jueces ingleses un poder y, por tanto, una responsabilidad, que no es común en los del continente (pág. 632). Kenny afirma que "conviene considerar el delito mismo y el delincuente" (pág. 633), y para juzgar a este último, deben tenerse en cuenta la tentación bajo cuyo imperio obró, la edad, la educación, la carrera, el temperamento, su sensibilidad para la pena y los sufrimientos que ya le ha infligido el procedimiento judicial (pág. 634). No desconoce el autor el significado de los factores de la delincuencia y lo que puede hacerse socialmente para evitarla; es muy expresiva esta frase: "La criminalidad de un país depende más de sus leyes fiscales y administrativas que de su derecho criminal." (Página 638.) Inmediatamente después pasa a exponer, muy someramente, la escuela italiana, hablando de sus principios, de la clasificación de los delincuentes y del nuevo concepto que imprime a la ciencia penal (págs. 639-641). Kenny reconoce los grandes aportes de esta tendencia; sobre todo el valor incuestionable de sus esfuerzos para individualizar las penas; pero estima que su influjo "tiende a desaparecer hoy", y reputa falsa la hipótesis del tipo delincuente (pág. 641). Finaliza este capítulo tratando de la reincidencia y de los medios de combatirla (págs. 642-647).

---

(1) Se califica de *libel* el escrito o imagen que difama a un particular (*libel* "privado"), o ultraja a la Religión, al Gobierno o a la Moral (*libel* "público").

Digitized by Google

El *capítulo treinta y tres* —último de la obra— ostenta este título sugestivo: LAS TRANSFORMACIONES QUE SE PREPARAN (págs. 649-652). En él habla el autor de la Codificación penal, que en Inglaterra se halla hoy más lejana que hace cuarenta años, y recuerda el Proyecto preparado por James Fitzjames Stephen, que fué presentando al Parlamento por Lord Beaconsfield, en 1878. El capítulo termina enumerando algunas de las reformas que recibiría con gusto el público inglés, y que se refieren más al procedimiento que al derecho substantivo.

El libro finaliza con una serie de notas, muchas de las cuales han sido suprimidas por el traductor francés por ser de una importancia puramente local. Entre esas notas destaca una destinada a exponer el parecer de von Liszt sobre la escuela positiva italiana, que coincide con lo expuesto por Kenny, tanto en lo tocante a lo que se la debe para el progreso, como en lo de verla caminar hacia su ocaso (págs. 654-657). También es interesante otra nota que versa sobre el sistema *Borstal,* destinado a los jóvenes delincuentes (págs. 657-658). Y, por último, es de gran importancia la que cierra el libro y que se ocupa en *la guerra y la criminalidad.* El autor nos revela que en Inglaterra, donde ha decrecido la delincuencia de los adultos, debido, entre otras causas, a haber sido enviados al frente muchos hombres turbulentos e incluso de tendencias delictivas, y a las restricciones impuestas en la venta de cerveza y de bebidas alcohólicas, ha crecido el número de pequeños delitos, singularmente de robos cometidos por los menores, a cuyo aumento contribuye, en una gran parte, "la dificultad que tiene una madre para ejercer la autoridad necesaria sobre sus hijos durante la ausencia del padre que se halla en la guerra." (páginas 658-659).

La obra de Kenny, que a pesar de sus dos capítulos finales —un poco desprovistos de método—, no puede tener ambiciones filosóficas ni sociológicas, es de necesidad para los que pretendan iniciarse en la técnica del Derecho penal inglés. En este aspecto resulta un libro altamente estimable.

Digitized by Google

30

BURDETTE G. LEWIS: *The offender and his relations to law and Society.* (El delincuente y sus relaciones con el Derecho y la sociedad.) 2.ª edición. Nueva York y Londres, Harper and Brothers Publishers, s. a. (1921). Un volumen en 4.°, de 382 páginas.

Esta segunda edición del libro de Lewis, lleva una interesante "Introducción" de Jorge W. Wickersham, *attorney-general* de los Estados Unidos.

La obra se divide en dos partes, la primera de las cuales trata de *La sociedad y el delincuente* (págs. 3-250), y en ella enfronta el autor, en primer término, las ideas básicas en sus diversos puntos de vista y el tratamiento que la sociedad ha empleado con los delincuentes, estudiando después la clasificación de éstos, el sistema de prueba y la libertad bajo palabra, la sentencia indeterminada, los regímenes penitenciarios y la organización de instituciones y del tratamiento. El Autor estima indudable que a pesar de que el delito es una realidad sociológica, cuyas causas no son totalmente suprimibles, la sociedad podría hacer más de lo que hace para evitar los delitos y reprimirlos.

El sistema represivo actual es deficiente. Es preciso procurar la enmienda de los que han delinquido, de tal modo, que al salir de las prisiones no sean un peligro para los demás: en esto consiste la corrección para los norteamericanos. Tan justa fórmula ha sido ya expuesta por otros escritores. Smitth repitió en el Congreso penitenciario internacional de Wáshington, celebrado en 1910, que la reforma del penado es "la razonable probabilidad de que el delincuente vivirá en libertad sin violar la ley" (1). El autor sienta y desenvuelve, entre otros, dos principios altamente importantes para el fin correccional: la necesidad de la sentencia indeterminada, para que no salga del Reformatorio ningún delincuente que no se haya enmendado; y la de la asistencia y protección de los libertos.

(1) *Bulletin de la Commision Pénitentiaire Internationale,* fascículo VI, pág. 19.

Digitized by Google

Sin embargo, para Lewis el fin de la pena parece ser fundamentalmente defensista, y como objetivos concurrentes figuran: la enmienda, la intimidación, la retribución punitivas, etcétera. El autor cree que las organizaciones defensivas se han de basar en instituciones de tipo social: reformatorios, casas de trabajo, escuelas industriales, repúblicas de jóvenes, etc., donde se procura la enmienda del reo, y se logra, mediante una prolongada actuación, readaptarle útilmente a la sociedad.

Norte-América posee un crecido número de estas instituciones, que podrían servir de modelo a los otros países. Lewis describe las que llama "típicas", y con particular detalle habla de las siguientes: del *Reformatorio femenino* de Bedford Hill, Nueva York; de la *George Junior Republic,* de Freeville, Nueva York; del *Orphan Asylum of the Hebrew Sheltering Guardian Society,* de Plesantville, Nueva York; del *nuevo Reformatorio,* de New Hampton Farms, Orange County; del *Asilo para alcoholizados* de Warwick, Nueva York; de la *Prisión del Estado* de Minnesota, en Stillwater; del *Municipal Farm* de Rikers Island, Nueva York; del *Otisville Sanitarium,* etc., etc. Las cuatro primeras son arquetipo de las escuelas industriales, de las que la segunda y tercera se refieren a niños y adolescentes; la sexta es modelo de los establecimientos contra incorregibles, y en la última se recluye a los aquejados de tuberculosis.

La segunda parte de la obra se ocupa en la *prevención del crimen* (págs. 253-313), y en ella se pone de manifiesto la importancia suma de influír en la educación física, civil y religiosa de los jóvenes en general y, más particularmente, de los que se hallan abandonados. Radica en ello el principal deber del Estado, pues es un hecho incontrovertible que la mayoría de los delitos se perpetran por jóvenes de clase pobre y que se hallan desprovistos de educación adecuada. Una buena organización de la Policía evitará también eficazmente muchos crímenes, ya que la rápida captura del delincuente y su pronta represión hace desistir a los inclinados al delito, en tanto que la impunidad da ánimos a los malhechores y habitúa a los particulares a tomarse la justicia por su mano.

El libro de Lewis, ilustrado con planos y fotografías, es de un gran valor informativo, pues la inestimable obra *Correction and*

Digitized by Google

Prevention, publicada por Charles Richmond Henderson en 1910 y redactada por los principales especialistas norteamericanos, es ya antigua. A pesar de ello, sigue siendo el trabajo clásico sobre las instituciones norteamericanas, en el que han hallado inspiraciones y datos muchos de los que en Europa han abordado este asunto (1). El libro de Lewis pone al día la información, y además no se halla desprovisto de algunas ideas estimables y de fino espíritu crítico.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LIBRERÍA GENERAL DE VICTORIANO SUAREZ

LIBRERO DE LA REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA

CALLE DE PRECIADOS, 48 - TELÉFONO 15-69. — APARTADO 32

MADRID

Casa editora de la BIBLIOTECA DE DERECHO Y DE CIENCIAS SOCIALES, COLECCIÓN DE FILÓSOFOS ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS, COLECCIÓN DE LIBROS Y DOCUMENTOS REFERENTES A LA HISTORIA DE AMÉRICA, COLECCIÓN DE LIBROS RAROS Y CURIOSOS QUE TRATAN DE AMÉRICA, OBRAS COMPLETAS DE DON MARCELINO MENÉNDEZ Y PELAYO, etc.

ÚLTIMAS PUBLICACIONES

TRIBUNALES PARA NIÑOS

POR

EUGENIO CUELLO CALÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA

Un tomo en 8.°, 3 pesetas.

LA FILOSOFÍA DE KANT

Una introducción a la Filosofía

POR

MANUEL G. MORENTE

CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL

Un tomo en 8.°, 5 pesetas.

MANUAL DE CIENCIA DE LA HACIENDA

POR

FEDERICO FLORA

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE BOLONIA

Segunda versión española de la 5.ª italiana, por L. Víctor Paret.

Dos tomos en 8.°, 20 ptas.

COMENTARIOS A LA LEY DE TRIBUNALES INDUSTRIALES

DE 22 DE JULIO DE 1912

CON LAS DISPOSICIONES DE CARÁCTER SUSTANTIVO Y ADJETIVO QUE LA COMPLEMENTAN, LA JURISPRUDENCIA DICTADA HASTA 31 DE DICIEMBRE DE 1916 Y VARIOS FORMULARIOS

POR

PEDRO CALVO Y CAMINA

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL INDUSTRIAL DE MADRID

Un tomo en 4.° 12 pesetas.

Digitized by Google

PUBLICACIONES

DE LA

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

DE VENTA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA REVISTA

JUICIO CRÍTICO DE LA LEY 61 DE TORO

Discurso presentado por *D. Gumersindo de Azcárate* para el ejercicio de Doctorado en la Facultad de Derecho, precedido de la noticia necrológica AZCÁRATE, por D. Rafael Altamira. Madrid, 1918. En 4.°, págs. 19.

Tirada de 25 ejemplares. Precio, 2 pesetas.

LAS GARANTIAS JURIDICAS DE LA VIDA

Trabajo de investigación, crítico y estadístico, por los alumnos de Derecho natural, prólogo de F. Pérez Bueno.

Madrid, 1920. En 8.°, d. m., págs. 350. Precio, 15 pesetas.

MARTIN MINGUEZ

LAS FÓRMULAS TENIDAS POR VISIGODAS

Madrid, 1920. En 4.°, págs. 180. Precio, 10 pesetas.

PREMIO COMAS

CASTILLEJO Y DUARTE

LA FORMA CONTRACTUAL EN EL DERECHO DE SUCESIONES

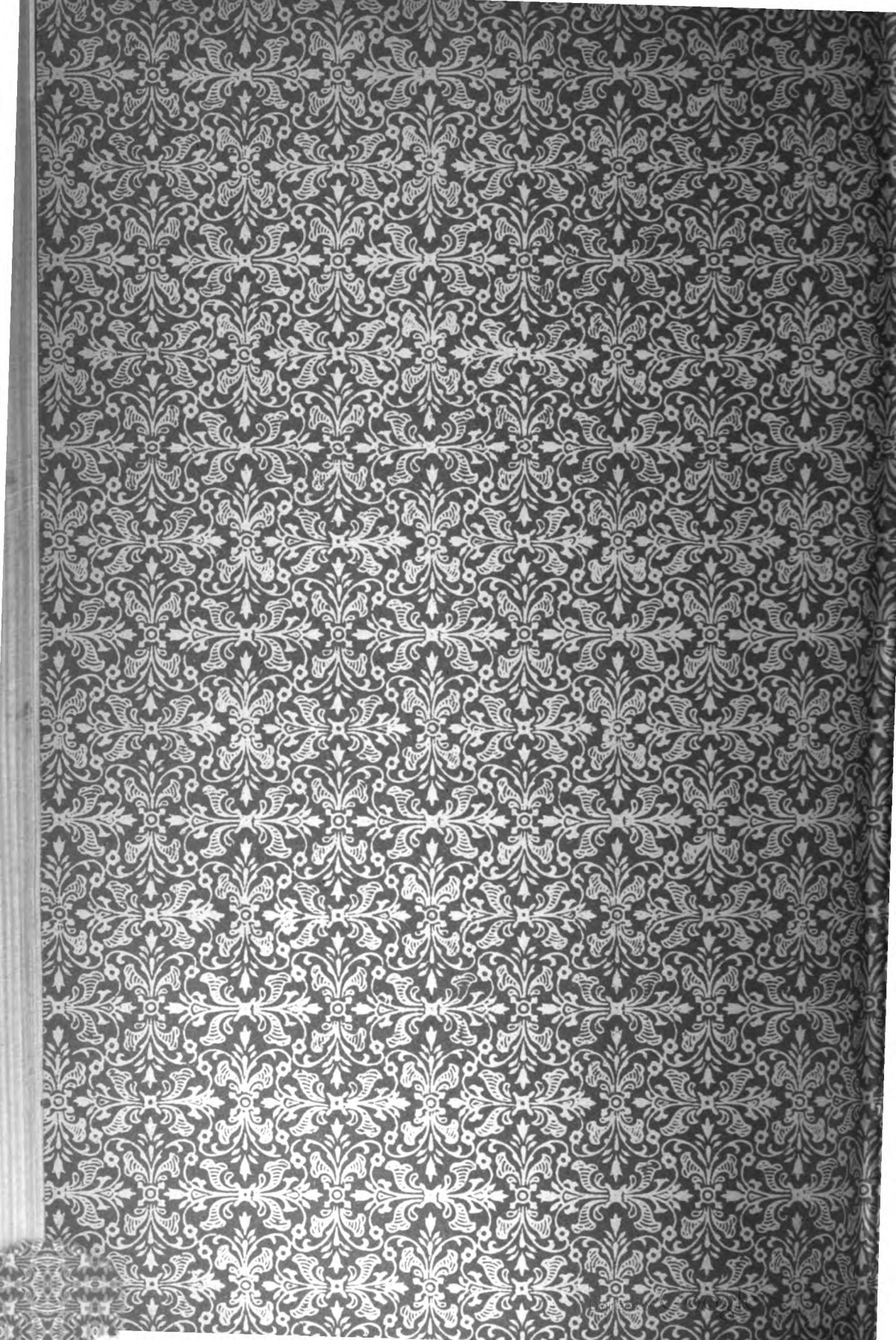
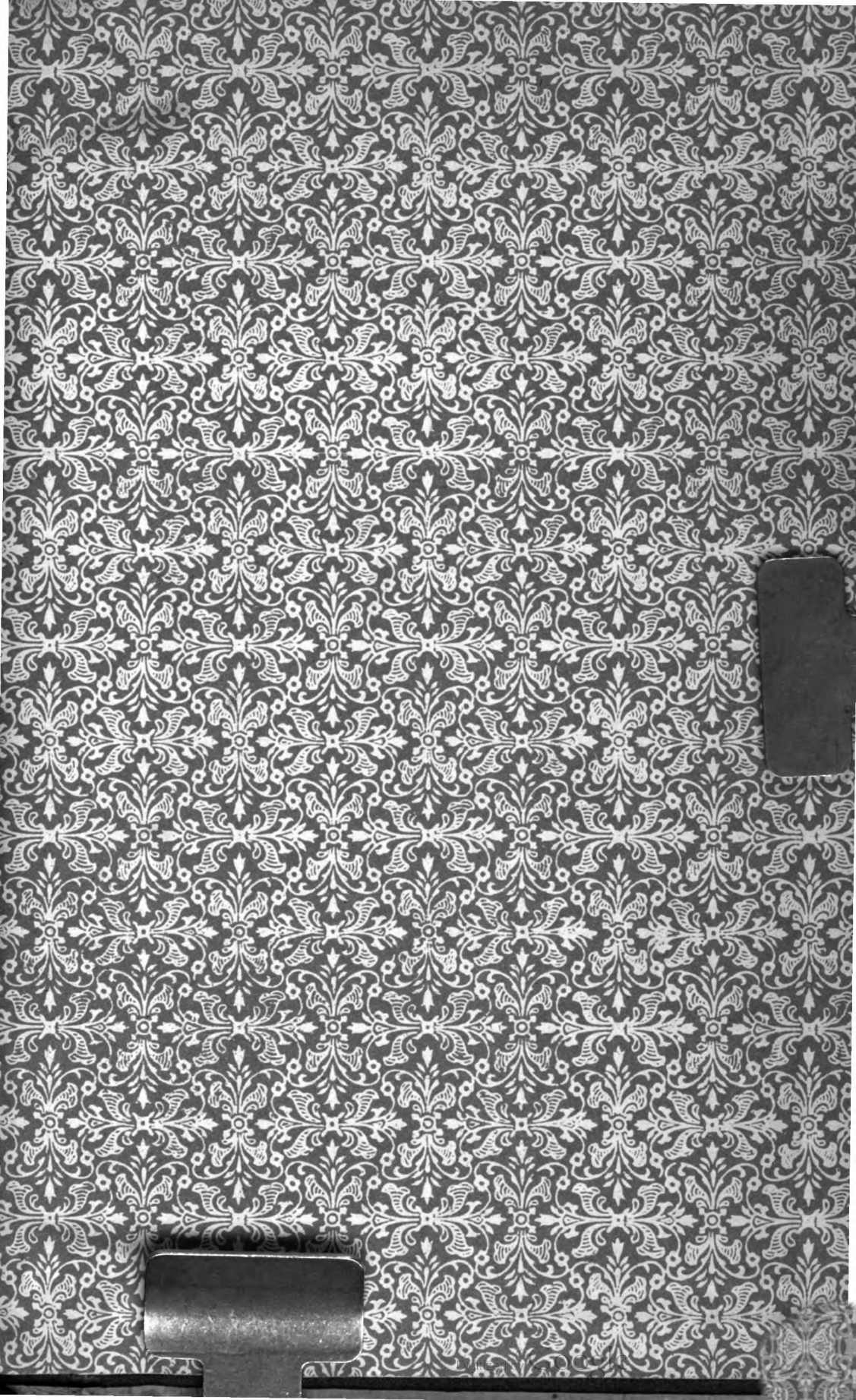
Madrid, 1902. En 8.°, págs. 178. Precio, 3 pesetas.

GARCIA HERREROS

LA SUCESIÓN CONTRACTUAL

Madrid, 1902. En 8.°, págs. XXIX, 149. Precio, 3 pesetas.

TIPOGRAFÍA DE LA "REVISTA DE ARCHIVOS", OLÓZAGA, 1

Digitized by Google

Digitized by Google